DIE DIFFERENZTHEORIE IM SCHADENSERSATZRECHT

INAUGURAL-DISSERTATION

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde
dem
Fachbereich Rechtswissenschaften
der Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt
von

Michael Witter
Rechtsreferendar
aus Korbach

Marburg 1980

Druck: citydruck, Würzburg

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41546009_0010

DIE DIFFERENZTHEORIE IM SCHADENSERSATZRECHT

INAUGURAL-DISSERTATION

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde
dem
Fachbereich Rechtswissenschaften
der Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt
von

Michael Witter
Rechtsreferendar
aus Korbach

Marburg 1980

Druck: citydruck, Würzburg

Als Dissertation von dem Fachbereich
Rechtswissenschaften
angenommen am: 1. Februar 1980

Berichterstatter: Professor Dr. Wolf
Mitberichterstatter: Professor Dr. Beuthien

Tag der mündlichen Prüfung: 15. Februar 1980

Meinem Vater
und
dem Andenken meiner Mutter

Michael Witter

Die Differenztheorie im Schadensersatzrecht

I N H A L T

Abkürzungen IV
Schrifttum VI

A. Einleitung 1

I. Der Stand der Lehrmeinungen 1

II. Gegenstand der Untersuchung 9

III. Die zugrundegelegten Lehren 10

B. Die Begründung der Differenztheorie 12

I. Die Begründung der Differenztheorie aus dem Wortlaut der §§ 325 Abs. 1 Satz 1, 326 Abs. 1 12

a) Zu § 325 Abs. 1 Satz 1 12

b) Zu § 326 Abs. 1 Satz 1 15

aa) Die Begründung des Reichsgerichts 15

bb) Die Begründung von Larenz 16

II. Die Begründung der Differenztheorie aus der Natur des Anspruchs auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung 22

a) Der "Schadensersatz wegen Nichterfüllung des Vertrages als ganzen" 22

b) Die "Umwandlung" des Schuldverhältnisses in einen "einseitigen Differenzanspruch" 27

c) Der "reine Geldanspruch" der Differenztheorie . 32

d) Die Ermittlung der Höhe des Schadensersatzanspruchs nach der Differenztheorie 36

e) Die Begründung der Differenztheorie aus der Natur des Anspruchs auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung ohne die Annahme einer "Auflösung", "Umwandlung" bzw. "Konzentration" des Schuldverhältnisses 39

f) Die Vereinbarkeit der Differenztheorie mit den §§ 280, 286 44

III. Die Begründung der Differenztheorie aus dem Wesen eines gegenseitigen Schuldverhältnisses ... 45

a) Der Gegenseitigkeitszusammenhang eines gegenseitigen Schuldverhältnisses 46

b) Der "Zweck des gegenseitigen Vertrages" ... 53

c) Die "Interessenlage des gegenseitigen Vertrages" 57

IV. Die Berufung auf ausländische Rechtsordnungen . 62

V. Die Berufung auf ein "praktisches Bedürfnis" .. 64

C. Die sog. "abgeschwächte Differenztheorie" 68

I. Vorbemerkung 68

II. Die Begründung der sog. "abgeschwächten Differenztheorie" aus dem Begriff des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung 69

a) Die Begründung des vermeintlichen "Wahlrechts" des Gläubigers zwischen der Anwendung der Differenztheorie und der Anwendung der Austauschtheorie, wenn er seine Gegenleistung noch nicht bewirkt hat . 69

b) Die Begründung der Nichtanwendung der Differenztheorie, wenn der Gläubiger schon geleistet hat 77

III. Die Begründung der sog. "abgeschwächten Differenztheorie" mit dem Wesen eines gegenseitigen Schuldverhältnisses 81

a) Die Begründung des vermeintlichen "Wahlrechts" des Gläubigers zwischen der Anwendung der Differenztheorie und der Anwendung der Austauschtheorie, wenn er seine Gegenleistung noch nicht bewirkt hat 81

b) Die Begründung der Nichtanwendung der Differenztheorie, wenn der Gläubiger schon geleistet hat 85

IV. Die Begründung der sog. "abgeschwächten Differenztheorie" mit der Lehre von der "richterlichen Rechtsfortbildung" 89

D. Die Differenztheorie in anderen Fällen als der vollständigen Nichtbewirkung der geschuldeten Leistung nach §§ 325 Abs. 1 Satz 1, 326 Abs. 1 Satz 1, 326 Abs. 1 Satz 2, 326 Abs. 2 97

I. Allgemeines 97

II. Die Differenztheorie bei einem Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung bei einer teilweisen Nichtbewirkung der geschuldeten Leistung (§§ 325 Abs. 1 Satz 2, 326 Abs. 1 Satz 3) 98

III. Die Differenztheorie bei einem Anspruch des Käufers (§§ 463, 480 Abs. 2) und des Bestellers (§ 635) auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung 104

a) Die Differenztheorie bei einem Anspruch des Käufers auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung (§§ 463, 480 Abs. 2) 104

b) Die Differenztheorie bei einem Anspruch des Bestellers auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung (§ 635) 107

c) Der juristische Inhalt der zu den §§ 463, 480 Abs. 2, 635 vertretenen Ansichten 110

E. Ergebnis 115

ABKÜRZUNGEN

a.A.	anderer Ansicht
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für civilistische Praxis
Allg. T.	Allgemeiner Teil
Anh.	Anhang
Anm.	Anmerkung (en)
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
Bd.	Band
Bem.	Bemerkung
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch v. 18.8.1896 (RGBl. 195)
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshof in Zivilsachen
bzw.	beziehungsweise
ders.	derselbe
d.h.	das heißt
Diss.	Dissertation
Düss.	Düsseldorf
f.	für
Fn.	Fußnote
Gruch.	Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, begründet von Gruchot
Halbs.	Halbsatz
HGB	Handelsgesetzbuch v. 10.5.1897 (RGBl. 219)
hrsg.	herausgegeben
i.d.R.	in der Regel
insbes.	insbesondere
JA	Juristische Analysen
Jher. Jhb.	Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen Rechts und deutschen Privatrechts
JR	Juristische Rundschau
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
LM	Nachschlagwerke des BGH, Leitsätze und Entscheidungen mit Anmerkungen, herausgegeben von Lindenmaier und Möhring
m.	mit
m. Anm.	mit Anmerkung
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
Meth. L.	Methodenlehre
m.N.	mit Nachweisen
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer

OLG	Oberlandesgericht
Rdnr.	Randnummer
Rdz	Randzeile
RG	Reichsgericht
RGBl.	Reichsgesetzblatt
RGRK	Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des RG und des BGH, Kommentar, hrsg. von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
Rspr.	Rechtsprechung
S.	Seite
SchR	Schuldrecht
sog.	sogenannte (er, es)
Teilb.	Teilband
u.a.	unter anderem
v.	vom
vgl.	vergleiche
Vorbem.	Vorbemerkung
WissR	Wissenschaftsrecht, Wissenschaftsverwaltung, Wissenschaftsförderung, Zeitschrift für Recht und Verwaltung der wissenschaftlichen Hochschulen und der wissenschaftspflegenden und -fördernden Organisationen und Stiftungen
z.	zum
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik

SCHRIFTTUM

ACHILLES-GREIF	Bürgerliches Gesetzbuch, 20. Auflage, Berlin 1958
ADLER, Karl	Zur Lehre vom Leistungsverzug beim Kauf, ZHR 1923, S. 1 ff
BGB-RGRK	Das Bürgerliche Gesetzbuch, Kommentar, herausgegeben von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern, 12. Auflage, II. Bd. 2. Teil, Berlin, New York, 1978; II. Bd., 4. Teil, Berlin, New York 1978 II. Bd., 1. Teil, Berlin, New York 1976
BEUTHIN	Zweckerreichung und Zweckstörung im Schuldverhältnis, Tübingen 1969
BIENERT, Gunther	"Anscheinsvollmacht" und "Duldungsvollmacht", Marburg 1975
BLOMEYER	Allgemeines Schuldrecht, 4. Auflage, Berlin 1969
BRAGA	Der Schadensersatzanspruch nach § 326 BGB und die Aufrechnung und Abtretung (§ 404 und § 406 BGB), MDR 1959, S. 437 ff
BROX	Allgemeines Schuldrecht München 1978 (SchR I)
	Besonderes Schuldrecht München 1978 (SchR II)
COSAK	Lehrbuch des Deutschen Bürgerlichen Rechts, I. Bd., Die allgemeinen Lehren und das Recht der Forderungen, 8. Auflage, Jena 1927
VAN DEN DAELE, Wolfgang	Probleme des gegenseitigen Vertrages, Hamburg 1968
EMMERICH	Athenäum-Zivilrecht I, Frankfurt 1972, S. 382 ff
ENDEMANN	Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, I. Bd., 8. Auflage, Berlin 1903
ENDEMANN	Anmerkung zu KGJW 1921, S. 523 f, JW S. 523 f

ENNECCERUS-LEHMANN	Recht der Schuldverhältnisse, 15. Auflage, Tübingen 1958
ERMAN	Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, I. Band, 6. Auflage, Münster 1975
ESSER	I. Bd. Allgemeiner Teil, Teilb. 2, 5. Auflage, Heidelberg, Karlsruhe 1976 (SchR I) II. Bd. Besonderer Teil, Teilb. 1 5. Auflage, Heidelberg, Karlsruhe 1977 (SchR II)
ESSER	Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, Tübingen 1974, (Grundsatz)
ESSER	Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, Frankfurt 1972, (Vorverständnis)
FIKENTSCHER	Schuldrecht, 8. Auflage, Berlin, New York 1978
GERNHUBER	Synallagma und Zession, Festschrift für L. Raiser, Tübingen 1974
v. GIERKE	Deutsches Privatrecht, unveränderter Neudruck der 1. Auflage (Leipzig 1895), München und Leipzig 1936
HATTENHAUER, Hans	Reform durch Richterrecht? ZRP 1978, S. 83 ff
HECK	Grundriß des Schuldrechts, unveränderter Nachdruck, Aalen 1958
HEDEMANN	Schuldrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches, 3. Auflage, Berlin 1949
HENLE	Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Teil 2, Schuldrecht, Rostock 1934
HIRSCH	Richterrecht und Gesetzesrecht, JR 1966, S. 334 ff
HÖHN	Allgemeines Schuldrecht, Berlin 1934

HOFMODEL	Schadensersatz wegen Nichterfüllung eines gegenseitigen Vertrages, Blätter für Rechtsanwendung, herausgegeben von Seuffert, Bd. 71, S. 77 ff
HGB-RGRK	Handelsgesetzbuch, begründet von Staub, weitergeführt v. Mitgliedern des Reichsgerichts, 3. Auflage, IV. Bd., Berlin 1970; 2. Auflage, IV. Bd., Berlin 1961
JAHR	Die Einrede des bürgerlichen Rechts, JuS 1964, S. 293 ff
KIPP	Gutachten über die Frage: Worin besteht der Schadensersatz wegen Nichterfüllung beim gegenseitigen Vertrage? Verhandlungen des 27. Deutschen Juristentages 1904, I. Bd. S. 249 ff
KLEINEIDAM	Unmöglichkeit und Unvermögen nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Jena 1900
KISCH	Der Schadensersatz wegen Nichterfüllung bei gegenseitigen Verträgen, Jher Jhb 44 (1902), S. 68 ff (Schadensersatz)
KISCH	Die Wirkungen der nachträglich eintretenden Unmöglichkeit der Erfüllung bei gegenseitigen Verträgen, Jena 1900 (Unmöglichkeit)
LANGE, Herrmann	Die Vorteilsausgleichung, JuS 1978, S. 649 ff
LARENZ	Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, 3. Auflage, München 1975 (Allg. T.)
LARENZ	Lehrbuch des Schuldrechts, I. Bd., Allgemeiner Teil, 11. Auflage, München 1976 (SchR I); II. Bd., Besonderer Teil, 11. Auflage, München 1977 (SchR II)
LARENZ	Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Auflage, Berlin-Heidelberg-New York 1975 (Meth. L.)

LEONHARD	Die Beweislast, Berlin 1926
LEONHARD	Allgemeines Schuldrecht des BGB, München 1929 (SchR)
LESER	Der Rücktritt vom Vertrag, Tübingen 1975
v. MAYR	Gutachten über die Frage: Worin besteht der Schadensersatz wegen Nichterfüllung beim gegenseitigen Vertrage?, Verhandlungen des 27. Deutschen Juristentages (1904), II. Bd., S. 167 ff
MEDICUS	Bürgerliches Recht, 8. Auflage, Köln-Berlin 1978
MOLITOR	Schuldrecht, I. Bd., Allgemeiner Teil, 7. Auflage, München 1963
MÜNCHNER KOMMENTAR	Bürgerliches Gesetzbuch, II. Bd., München 1979
NIEDERLÄNDER, Hubert	Rückforderung der Kaufsache und Schadensersatz, Festschrift für E. Wahl, 1973
OERTMANN	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Recht der Schuldverhältnisse, 1. Abteilung, 5. Auflage, Berlin 1928 (SchR)
OERTMANN	Die Vorteilsausgleichung beim Schadensersatzanspruch im römischen und deutschen bürgerlichen Recht, Berlin 1901
OERTMANN	Anmerkung zu RGJW 31, S. 1183 f, JW 31, S. 1183 f
PALANDT	Bürgerliches Gesetzbuch, 38. Auflage, München 1979
PIEPER	Der Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung, JuS 1962, S. 409 ff, 459 ff
PLANCK-SIBER	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, II. Bd., 1. Hälfte, Recht der Schuldverhältnisse, 4. Auflage, Berlin 1914

ROSENTHAL-BOHNENBERG	Bürgerliches Gesetzbuch, 15. Auflage, Köln-Berlin-Bonn-München 1965
ROTHER	Grundsatz-Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, II. Bd., Allgemeines Schuldrecht, Karlsruhe 1973
RÜTHERS	Die unbegrenzte Auslegung, Tübingen 1968
SCHÄFER	Die Gegenleistungspflicht des vertragstreuen Teils in den §§ 325, 326 BGB unter besonderer Berücksichtigung der Reichsgerichtsentscheidung Bd. 50 S. 262 und Bewertung der Gründe zu der Entscheidung, Diss., Borna-Leipzig 1910
SCHMIDT, Jürgen	"Ein soziales Obligationsmodell" im Schuldrecht?, AcP 176, S. 381 ff
SCHMITZ	Grundfälle zum Recht der Leistungsstörungen, JuS 1973, S. 297 ff
SCHÖLLER	Der Schadensersatz wegen Nichterfüllung bei gegenseitigen Verträgen nach dem BGB, Gruch. 44, S. 603 ff
SIBER	Grundriß des Bürgerlichen Rechts, II. Bd., Schuldrecht, Leipzig 1931
SOERGEL-SIEBERT	Bürgerliches Gesetzbuch, 10. Auflage, II. Bd., Schuldrecht I, Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz 1967; III. Bd., Schuldrecht II, Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz 1969
STAFFEL	Zur Erläuterung der §§ 325, 326 BGB, AcP 92, S. 467 ff
STAUB	Kommentar zum Handelsgesetzbuch, II. Bd., Handelsgeschäfte, Berlin 1907
v. STAUDINGER	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, II. Bd., Recht der Schuldverhältnisse, Teil 1a, 11. Auflage, Berlin 1967, Teil 1b
STOLL	Rücktritt und Schadensersatz, AcP 131, S. 141 ff

STROHAL	Referat zur Frage: Worin besteht der Schadensersatz wegen Nichterfüllung eines gegenseitigen Vertrages?, Verhandlungen des. 27. Deutschen Juristentages 1904, IV Bd., S. 112 ff
TITZE	Bürgerliches Recht, Recht der Schuldverhältnisse, unveränderter Neudruck der 4. Auflage, Berlin-Göttingen-Heidelberg 1948
WOLF, Ernst	Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, 2. Auflage, Köln-Bonn-Berlin-München 1976 (Allg. T.)
WOLF, Ernst	Lehrbuch des Schuldrechts, I. Bd., Allgemeiner Teil, Köln-Bonn-Berlin-München 1978 (SchR I) II. Bd., Besonderer Teil, Köln-Bonn-Berlin-München 1978 (SchR II)
WOLF, Ernst	Lehrbuch des Sachenrechts, Köln-Bonn-Berlin-München 1971 (SachR)
WOLF, Ernst	Das Arbeitsverhältnis, Personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis oder Schuldverhältnis?, Marburg 1970, (Arbeitsverhältnis)
WOLF, Ernst	Grundlagen des Gemeinschaftsrechts, AcP 1973, S. 97 ff
WOLF, Ernst	Zum Begriff des Schuldverhältnisses, Festgabe für Herrfahrdt, S. 197 ff
WOLF, Ernst	Grundfragen des Schadensbegriffs und der Methode der Schadenserkenntnis, Festschrift für Schiedermair, S. 545 ff, München 1976
WOLF, Ernst	Der Begriff Gesetz, in Festschrift für v. Lübtow, Berlin 1970
WOLF, Ernst	Das Grundrecht der Freiheit der Wissenschaft, WissR 1970, S. 193 ff
WOLF, Ernst	Dogmatische Grundlagen einer Reform des Ehescheidungsrechts, JZ 1970, S. 441 ff
WOLF, Ernst	Die Lehre von der Handlung, AcP 170, S. 181 ff

WOLF, Manfred — Neue Literatur zum Synallagma, JA 1969, S. 51 ff

ZIEGLER, Berndt — "Verträge mit Schutzwirkung zugunsten Dritter"?, Diss. Marburg 1978

A. EINLEITUNG

I. Der Stand der Lehrmeinungen

Wird die aus einem gegenseitigen Vertrage dem Schuldner obliegende Leistung infolge eines Umstandes, den er zu vertreten hat, unmöglich, so kann der Gläubiger Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen. (§ 325 Abs. 1 Satz 1)

Dasselbe Recht hat der Gläubiger, wenn der Schuldner mit der ihm obliegenden Leistung im Verzug ist entweder, nachdem eine zur Leistung gesetzte Frist erfolglos abgelaufen ist (§ 326 Abs. 1 Satz 2)
oder dann, wenn die verspätete Leistung für den Gläubiger infolge des Verzugs kein Interesse mehr hat. (§ 326 Abs. 2)

Ob der Gläubiger, wenn er nach einer dieser Bestimmungen Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordert, weiterhin zu seiner Gegenleistung verpflichtet bleibt, wird dabei weder in § 325 Abs. 1 Satz 1 noch in § 326 Abs. 1 Satz 2 oder § 326 Abs. 2 ausdrücklich ausgesprochen.

Die Rechtsprechung[1] und ein großer Teil des Schrifttums[2] nehmen an, daß die Verpflichtung des Gläubigers zur Gegenleistung erloschen sei und wenden dabei zur Bestimmung des Inhalts des Anspruchs auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung die Differenztheorie an[3].

---

1) RGZ 50, 255 ff (263 ff); RGZ 57, 106 ff (106), RGZ 60, 346 ff (347); RGZ 61, 87 ff (89); RGZ 61, 348 ff (351 f); RGZ 66, 61 ff (67 f); RGZ 83, 279 ff (281 f); RGZ 91, 30 ff (31 f); RGZ 96, 20 ff (22 ff); RGZ 102, 60 ff (62); RGZ 107, 15 ff (18); RGZ 12 f, 245 ff (248 f); RGZ 141, 259 ff (261); RGZ 149, 135 ff (136); RGJW 1919 S. 308; RGJW 31, 1183 f (1184); RGJW 32, 1204 ff (1205; RGHRR 31 Nr. 4; BGHZ 20, 338 ff (343 f) = BGH LM § 326 Nr. 2; BGH LM § 325 Nr. 3; BGH LM § 454 Nr. 4; BGH NJW 70, 1733 ff (1734).

2) Palandt-Heinrichs, § 325 Anm. 3, ders. § 326 Anm. 8; Soergel-Reimer-Schmidt, § 326 Bem. 31 ff u. § 325, Bem. 2;
Erman-Battes, § 325 Rdz. 12 ff; BGB RGRK, § 325 Rdnr. 12 ff; HGB-RGRK - Würdinger-Röhricht, 3. Aufl., vor § 373 HGB Anm. 351 ff;
Achilles Greif Kiekebusch, § 326 Anm. 7a;
Rosenthal-Bohnenberg, Anh. § 326 II 1 Rdnr. 961 f;
mit abweichender Begründung: v. Staudinger-Kaduk Vorbem. § 323, Bem. 50 ff u. § 326, Bem. 122;
Larenz, SchR I, § 22 II (S. 276 ff) u. § 23 II (S. 290); Esser-Schmidt, SchR I, § 28 III (S. 80 f);
Fikentscher, § 44, III 3 (S. 209 f). Brox, SchR I, Rdnr. 267 ff (S. 142 f), Leser, S. 122 ff;
Molitor, § 20 Anm. 4 (S. 102 f); Rother, § 325, Zusatz zu § 325; Gernhuber, S. 88 ff; van den Daele, S. 84 ff; M. Wolf, S. 58 ff, Pieper, S. 409 ff; aus dem älteren Schrifttum: Siber, § 44 III, Anm. 3a; Planck, § 325 Anm. 1a; Schöller, Gruch. 44, S. 603 ff: ders. Gruch. 45, S. 511 ff; Kipp. S. 249 ff; Cosak, § 157 Anm. I 1a; Staub-Könige zu § 374, Anm. 24 f; Adler, S. 1 ff (Adler vertrat anfänglich die Austauschtheorie, gab sie aber später zugunsten einer sog. "freien Differenztheorie" auf. Dabei wollte er unter "frei" eine "eingestandene Freiheit vom Gesetz" verstanden wissen).

3) Die Differenztheorie wird in Rechtsprechung und Schrifttum zu § 325 Abs. 1 Satz 1 ebenso wie zu §§ 326 Abs. 1 Satz 2, 326 Abs. 2 vertreten, auch wenn eine Erörterung dieser Theorie i.d.R. nur bei einer der Bestimmungen erfolgt; vergl.: BGB-RGRK § 325 Rdnr. 14;

Danach soll, wenn der Gläubiger nach §§ 325 Abs. 1 Satz 1, 326 Abs. 1 Satz 2 oder 326 Abs. 2 Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordert, "der Vertrag endgültig liquidiert und ein einheitliches rechnerisches Ergebnis ermittelt werden"[4]. Dabei falle "das Austauschverhältnis als solches dahin" und der Gläubiger brauche "seine Gegenleistung nicht mehr zu machen"[5]. Er könne "als Schadensersatz die Differenz zwischen dem Wert der" nicht bewirkten "Leistungen und seiner eigenen ersparten Gegenleistung verlangen"[6]. "Das Schuldverhältnis" wandele "sich in einen einseitigen Anspruch des Gläubigers auf Schadensersatz um"[7], der "allein übrig" bleibe und "an die Stelle von Leistung und Gegenleistung getreten" sei[8]. "Leistung und Gegenleistung" sollen nur noch die Bedeutung von "bloßen Rechnungsposten für die Ermittlung der Schadenshöhe" haben[9]. Es sei "Schadensersatz wegen Nichterfüllung des ganzen Vertrages zu leisten" und "bei der Feststellung der Differenz zugunsten des Gläubigers" handele "es sich nicht um eine Aufrechnung, sondern um eine Abrechnung"[10]. Der Schadensersatzanspruch richte sich schließlich "abweichend von § 249 Satz 1 auf Leistung von Geld"[11].

---

4) BGB-RGRK-Ballhaus, § 325 Rdnr. 14.
5) Larenz, SchR I, § 22, S. 277.
6) Palandt-Heinrichs, § 325,Anm. 3a.
7) Palandt-Heinrichs, § 325,Anm. 3a.
8) Esser-Schmidt, SchR I, § 28 III, S. 80
9) Palandt-Heinrichs, § 325, Anm. 3a.
10) Palandt-Heinrichs, § 325, Anm. 3a.
11) Palandt-Heinrichs, § 325, Anm. 3a.

Der Differenztheorie steht die Austausch- oder auch Surrogationstheorie gegenüber[12].

"Nach ihr" tritt "der Schadensersatz nur an die Stelle der" nicht bewirkten "Leistung, - das alte Schuldverhältnis" besteht "im übrigen insbesondere auf die Gegenleistung fort"[13]. Dementsprechend bleibe die Pflicht des Gläubigers zur Gegenleistung "wie bei der Schadensersatzpflicht des Gegners in demselben synallagmatischen Verhältnis stehen, wie zu der ursprünglichen Verbindlichkeit"[14] und trete umgekehrt sein Anspruch auf Schadensersatz "im Synallagma an die Stelle des Erfüllungsanspruchs"[15].

Die dogmatische Verschiedenheit der Differenztheorie und der Austauschtheorie bedingt, daß bei einer ausnahmslosen Anwendung der Differenztheorie der Gläubiger in keinem Fall berechtigt ist, seine Gegenleistung gemäß der Austauschtheorie an den Schuldner zu bewirken und dann den Ersatz jedes durch die Nichterfüllung des Schuldners bei ihm eingetretenen Schaden zu fordern. Das gilt auch dann, wenn der Gläubiger gerade an der Bewirkung seiner Gegenleistung ein Interesse hat.

---

12) E. Wolf, SchR I, § 9 F V b 3, S. 476 ff; vgl. auch ders. SchR II, § 11 C III 4, S. 40; Oertmann, SchR, § 325 Anm. 1b; Soer. Vorteilsausgleichung S. 31 ff; Kisch, Schadensersatz, S. 68 ff; ders. Unmöglichkeit, S. 230; Kleinfeldt, S. 144 ff; Heute, S. 454; v. Mayr, S. 167 ff; Endemann, § 125, S. 706 ff; grds. auch Leonhard, SchR S. 482 ff;

13) Oertmann, SchR, § 325 Anm. 1b;

14) Kisch, Schadensersatz, S. 69;

15) E. Wolf, SchR I, § 9 FV b 3 S. 476;

Weiter liegt der Anwendung der Differenztheorie in allen möglichen Fällen eines Anspruchs auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung zugrunde, daß dem Gläubiger dann, wenn er eine Gegenleistung schon vor Eintritt der Schadensersatzberechtigung erbracht hat, insoweit ein Bereicherungsanspruch zusteht.

Eine solche ausnahmslose Anwendung der Differenztheorie wurde aber nur von einigen ihrer Vertreter im älteren Schrifttum angenommen[16]. Sie wird heute als "strenge Differenztheorie"[17] bezeichnet und nicht mehr vertreten.
Demgegenüber soll die Differenztheorie nach dem heutigen Stand von Rechtsprechung und Lehre[19] nur mit zwei "Einschränkungen"[20] bzw. "Modifikationen"[21] gelten (sog. "abgeschwächte Differenztheorie").

Nach der ersten "Einschränkung" soll "der Differenzanspruch nur unter der Voraussetzung gegeben" sein, "daß der Gläubiger selbst noch nicht geleistet" hat[22].

---

16) Eine Anwendung der Differenztheorie, auch wenn der Gläubiger schon geleistet hat, wurde vertreten von Cosak,§ 157 Anm. I 1a; Schöller, Gruch. 44, S. 633 u. 635.
Eine Anwendung der Differenztheorie, auch wenn der Gläubiger Interesse hat seinen Schadensersatzanspruch i.d.S. Austauschtheorie zu ermitteln, wurde vertreten von: Cosak, § 157 Anm. I 1a;
Staub-Könige, zu § 374, Anm. 24 f; bis zur 2. Aufl. 1961: HGB-RGRK-Würdinger Anh. zu § 374 Anm. 25;

17) Vgl. v. Staudinger-Kaduk, Vorbem. § 323, Bem. 54.

18) RGZ 96, 20 ff (22 f); BGHZ 20, 338 ff (343 f) BGH LM § 325 Nr. 3, BGH LM § 454 Nr. 4, BGH NJW 58, 1915; BGH NJW 70, 1733 ff (1734).

19) Alle unter Fn. 2 Genannten außer: Cosak, § 157 Anm. I 1a; Staub-Könige, zu § 374, Anm. 24 f; z.T. auch Schöller, Gruch. 44, S. 603 ff u. Gruch. 45, S. 511 ff.

20) BGB-RGRK § 325, Rdnr. 15.

21) Palandt-Heinrichs, § 325 Anm. 3b.

22) v. Staudinger-Kaduk, Vorbem. § 323, Bem. 56.

Nach der zweiten "Einschränkung" der Differenztheorie soll der Gläubiger statt des "Differenzanspruchs" "auch wahlweise, wenn er es" vorziehe, "seine Leistung anzubieten, lediglich das Leistungsinteresse (Erfüllungsinteresse), den sog. Surrogationsanspruch geltend machen" können[23].

Das nach der zweiten "Einschränkung" mögliche Recht des Gläubigers statt des "Differenzanspruchs" den "Surrogationsanspruch" zu "wählen" betrifft allerdings nur die Fälle, in denen er seine Gegenleistung noch nicht erbracht hat. Denn hat er sie bereits erbracht, so soll ja nach der ersten "Einschränkung" der "Differenzanspruch" nicht bestehen. Eine "Wahl" des Gläubigers ist dann gerade nicht möglich.

Bei den als "Einschränkungen" der Differenztheorie bezeichneten Fällen, in denen entweder der Gläubiger seine Gegenleistung bereits erbracht hat, oder ein Interesse daran hat, diese noch zu erbringen, liegt die gegenüber der Differenztheorie bestehende Besonderheit der sogenannten "abgeschwächten Differenztheorie" darin, daß ein nach der Differenztheorie bestimmter Schadensersatzanspruch hier gerade nicht bestehen soll. Für diese Fälle soll es also bei der Austauschtheorie bleiben[24].

---

23) v. Staudinger-Kaduk, Vorbem. § 323, Bem. 56.

24) Vgl. Soergel-Reimer-Schmidt, § 326, Bem. 34, wonach "die abgeschwächte Differenztheorie" "je nach dem schutzwürdigen Interesse des Gläubigers nach der einen oder anderen Theorie verfährt"; und Emmerich, wonach "in der Tat nicht einzusehen" sei, "warum sich die Lösungen der Differenztheorie und der Austauschtheorie gegenseitig ausschließen sollen". Vgl. auch: Larenz SchR I, § 22 II, S. 277 f, HGB-RGRK-Würdinger-Röhricht, 3. Aufl. vor § 373 HGB, Anm. 353; Palandt-Heinrichs, § 325 Anm. 35; Rosenthal-Bohnenberg, Anh. § 326, Rdnr. S. 61, sowie im älteren Schrifttum Adler, S. 38.

Dementsprechend bezeichnen auch einige Vertreter der "abgeschwächten Differenztheorie" diese Fälle außer als Geltendmachung des "Surrogationsanspruchs", als Anwendungsfälle der Austauschtheorie[25].
Daneben wird auch von Schadensersatz "im Sinne der Surrogationstheorie"[26] oder auch der "Austauschmethode"[27] gesprochen.

Unter den Vertretern der sog. "abgeschwächten Differenztheorie" besteht aber keine völlige Einigkeit. So will ein Teil der Autoren, die sich zu den Vertretern der "abgeschwächten Differenztheorie" zählen[28], auch in den Fällen, in denen der Gläubiger schon geleistet hat und die Differenztheorie deshalb nicht durchgeführt wird, auch hier den "interessengerechten Weg der Differenztheorie konsequent zu Ende führen" und "anstatt an deren beschränkter Anwendung festzuhalten"[29], diese "durchgängig auch dann" anwenden, "wenn der Gläubiger seine Leistung bereits erbracht" hat[30]. Diese Sondermeinung wird von ihren Vertretern "Mittelmeinung"[31], Differenztheorie[32] o d e r "Wahltheorie"[33] genannt.

---

25) Soergel-Reimer-Schmidt, § 326 Bem. 33 f.

26) Larenz, SchR I, § 22 II, S. 278.

27) Palandt-Heinrichs, § 325 Anm. 35; ebenso Esser-Schmidt, SchR I, § 28 III (s. 80); Pieper, S. 413 und 415.

28) Brox, SchR I, Rdnr. 269, S. 143; Fikentscher. § 44 III 3, S. 210;
M. Wolf, S. 60; grds. auch van den Daele, S. 94 ff; so schon 1923: Adler, S. 32 ff.

29) M. Wolf, S. 61.

30) M. Wolf, S. 60.

31) Brox, SchR I, Rdnr. 269, S. 143.

32) M. Wolf, S. 60 f.

33) Fikentscher, § 44 III 3, S. 210.

Die "abgeschwächte Differenztheorie" wird neben den Bezeichnungen "abgeschwächte Differenztheorie" und Differenztheorie mit "Einschränkungen" oder "Modifikationen" ohne daß sachliche Unterschiede beständen auch als "Mittelmeinung"[34], "Mitteltheorie"[35], "vermittelnde Ansicht"[36], "die im Sinne der Mittelmeinung verstandene Differenztheorie"[37], als "gemäßigte"[38] oder "gemilderte Differenztheorie"[39], als "Differenztheorie in ihrer gemäßigten oder auch abgeschwächten Version"[40], als "die Differenztheorie in der Gestalt, in der sie heute gelten soll"[41], sowie auch nur als Differenztheorie[42] bezeichnet.

Diese Theorie soll inzwischen "allgemeine Ansicht"[43] sein. Demzufolge sei "der Streit zwischen Differenz- und Austauschtheorie ... praktisch überholt"[44] und die Austauschtheorie könne "heute wohl doch als antiquiert bezeichnet werden"[45].

Dennoch wird die Differenztheorie in jeglicher Form auch von einer Stimme im neuesten Schrifttum[46] abgelehnt und die Austauschtheorie für allein dem Gesetz entsprechend gehalten.

---

34) HGB-RGRK-Würdinger-Röhricht, 3. Aufl. vor § 373 HGB, Bem. 353; Soergel-Reimer-Schmidt, § 326, Bem. 34; Erman-Battes, § 325, Rdz. 13.

35) Leser, S. 128.

36) v. Staudinger-Kaduk, Vorbem. § 323, Bem. 56

37) Plank, § 325, Anm. 1a.

38) Molitor, S. 103; Achilles Greif, § 326.

39) v. Staudinger-Kaduk, Vorbem. § 323, Bem. 56.

40) Gernhuber, S. 88.

41) van den Daele, S. 84.

42) M. Wolf, S. 58 ff, van den Daele, S. 84 ff.

43) Leser, S. 128.

44) Palandt-Heinrichs, § 325 Anm. 3b; so schon im Jahre 1934: Höhn, § 41 III c, S. 132.

45) Gernhuber, S. 88

46) E. Wolf, SchR I, § 9 F V b 3, S. 476 ff; ders. SchR II, § 11 C III 4, S. 40.

II. Gegenstand der Untersuchung

Im folgenden wird die Differenztheorie auf ihren juristischen Inhalt und ihre dogmatische Begründetheit untersucht.
Daß die Differenztheorie heute nur noch in einem Teil der Fälle des Anspruchs auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung nach §§ 325 Abs. 1 Satz 1, 326 Abs. 1 Satz 2, 326 Abs. 2 angewandt wird (sog. "abgeschwächte Differenztheorie"), ist insoweit ohne Einfluß, da auch die Anwendung einer Theorie für nur einen Teil der Fälle deren Richtigkeit voraussetzt und einen dogmatischen Grund erfordert.

Der Meinung, daß der Streit zwischen Differenztheorie und Austauschtheorie wegen der als "allgemeine Ansicht" bezeichneten sog. "abgeschwächten Differenztheorie" "antiquiert" sei, kann ebenfalls keine Bedeutung beigemessen werden. Wenn nämlich nach heutiger Rechtsprechung und Lehre in einem Teil der Fälle die Differenztheorie und in einem anderen Teil die Austauschtheorie angewandt wird, wenn vertreten wird, der Schadensersatzberechtigte könne zwischen der Anwendung der einen oder anderen Theorie "wählen", so bedeute die dafür übliche Bezeichnung "abgeschwächte Differenztheorie" einen Kompromiß zwischen Differenztheorie und Austauschtheorie. Bei der Annahme eines "Wahlrechts" besteht dieser Kompromiß in einer alternativen Kummulation. Hat der Gläubiger seine Leistung schon bewirkt, wird sogar nur die Austauschtheorie angewandt. "Abgeschwächte Differenztheorie" ist damit keine Bezeichnung einer einheitlichen Theorie sondern eine Sammelbezeichnung dafür, daß in einer Reihe von wichtigen Fällen nicht die Differenztheorie sondern die Austauschtheorie angewandt wird. Bei dieser Lage zu behaupten, der Streit zwischen Differenztheorie und Austauschtheorie sei "antiquiert", ist unhaltbar.

III. Die zugrundegelegten Lehren

Dogmatische Grundlage der Untersuchung ist die Reale Rechtslehre von Ernst Wolf[48]. Diese kann hier, abgesehen von der Skizzierung einiger Grundlagen, nicht näher dargestellt werden. Es ist daher auf die eingehenden Ausführungen von Ernst Wolf zu verweisen.

Die Reale Rechtslehre beruht auf der Erkenntnis, daß das Recht die Menge der personhaften Ordnungsverhältnisse ist (rechtliche Verhältnisse). Dabei bezeichnen das Gattungsmerkmal Ordnungsverhältnis und das Artmerkmal personhaft die Eigenschaften menschlichen Existierens und Zusammenlebens. Diese rechtlichen Verhältnisse existieren real - d.h. unabhängig davon, ob ein Mensch sich ihrer bewußt ist. Sie sind als reale Seiende Gegenstände der Erfahrung[49]. Die Reale Rechtslehre ist deshalb eine empirische, allein auf den Gesetzen des Rechts und der Logik aufbauende Lehre, sie ist eine wissenschaftlich begründete Rechtslehre und streng an das BGB gebunden.
Die Reale Rechtslehre steht in grundsätzlichem Gegensatz zu jeder idealistischen, deren Kennzeichen es ist, Sein und Denken, Recht und Begriff Recht als Gehalte eines absoluten "Bewußtseins" miteinander zu identifizieren[50]. Während nach der Realen Rechtslehre das Urteil, ein rechtliches Verhältnis bestimmten Inhalts existiere oder existiere nicht, nur entweder wahr oder nicht wahr sein kann, kann nach idealistischer Auffassung "Recht" mit austauschbarem, auch gegensätzlichem

---

48) Vgl. Ernst Wolf, Allg. T., Vorwort (Vff); SchR I, Vorwort (V ff), SachR Vorwort (VI); Festschrift f. v. Lübtow, (132 ff); JZ 1970, 441 ff; AcP 170, 206; WissR 1970, 204 f; AcP 173, 97 f.

49) E. Wolf, Allg. T.,Vorwort (VIII).

50) E. Wolf, Allg. T.,Vorwort (VIII).

Inhalt "gedacht" oder "gewollt" werden[51], ist das als "Recht" "Gedachte" oder "Gewollte" jeweils dann "Recht", wenn es durchgesetzt wird[52].

---

51) Vgl. z.B. Esser-Schmidt, SchR I, § 1 II, S. 4 f u. 7 nach denen Schuldrecht zu "sozial gerechten Konfiktlösungen" gelangen muß, wobei "die ökonomische und politische Emanzipation der breitesten Konsumschichten und namentlich der Arbeiterschaft zu einer Verschiebung des gesellschaftlichen Interesses ... geführt" habe, und weshalb das Schuldrecht "nicht mehr als Vehikel für die Interessendurchsetzung eines geringen Teiles der Bevölkerung (des sog. Besitzbürgertums) verstanden werden" dürfe. Vgl. dazu auch J. Schmidt, S. 383.

52) E. Wolf, Allg. T., Vorwort (VIII).

B. Die Begründung der Differenztheorie

I. Die Begründung der Differenztheorie aus dem Wortlaut der §§ 325 Abs. 1 Satz 1, 326 Abs. 1

a) Zu § 325 Abs. 1 Satz 1

Nach der Differenztheorie soll der nach § 325 Abs. 1 Satz 1 oder §§ 326 Abs. 1 Satz 2, 326 Abs. 2 schadensersatzberechtigte Gläubiger von seiner Gegenleistungspflicht frei werden und die Gegenleistung in den Anspruch auf Schadensersatz einzubeziehen sein. Dieser Schadensersatzanspruch soll dann als "einseitiger Anspruch" wegen Nichterfüllung des "ganzen Vertrages" an die Stelle sowohl des Anspruchs auf Leistung als auch des Anspruchs auf die Gegenleistung treten.
Zu der Richtigkeit dieser Annahme führt nach einer im Schrifttum zu der Differenztheorie vertretenen Ansicht[1] "schon die Fassung des Gesetzes, sofern man (was sprachlich geboten" sei) in § 325 Abs. 1 Satz 1 "hinter 'Nichterfüllung'" ergänze "'des Vertrages' und nicht der 'Leistung'". Wenn aber, so führen die Vertreter dieser Meinung sinngemäß weiter aus, der Gesetzeswortlaut als Schadensersatz wegen Nichterfüllung "des Vertrages" zu verstehen sei, so könne davon "überhaupt nur im Hinblick auf die beiderseitigen Leistungen gesprochen werden". Aus der behaupteten sprachlichen Bedeutung Schadensersatz wegen Nichterfüllung "des Vertrages" in § 325 Abs. 1 Satz 1 soll damit weiter auf eine im Sinne der Differenztheorie erfolgende Einbeziehung der Gegenleistung in den Anspruch des Gläubigers auf Schadensersatz zu schließen sein.
Dieser Auffassung kann nicht gefolgt werden. Die Meinung, es sei bei § 325 Abs. 1 Satz 1 "sprachlich geboten",

---

1) BGB-RGRK-Ballhaus § 325, Rdnr. 13

hinter dem Begriff Schadensersatz wegen Nichterfüllung die Worte "des Vertrages" zu ergänzen, scheitert schon daran, daß dieses vermeintliche "Gebot" nicht begründet, sondern frei behauptet wird. Zweitens folgt aus § 325 Abs. 1 Satz 1 das Gegenteil. § 325 Abs. 1 Satz 1 knüpft die Rechtsfolge Schadensersatz wegen Nichterfüllung daran, daß die "dem einen Teile obliegende Leistung ... unmöglich" wird. Die Formulierung "wegen Nichterfüllung" kann sich folglich nur auf diese unmöglich gewordene Leistungspflicht beziehen, nur deren Erfüllung steht in Frage. Danach ist hinter "Nichterfüllung" das Wort "der Leistungspflicht" zu ergänzen[2].

Daß Schadensersatz wegen Nichterfüllung der Leistungspflicht und nicht "Schadensersatz wegen Nichterfüllung des Vertrages" zu leisten ist, folgt aber vor allem daraus, daß ein Vertrag nicht erfüllbar ist. Ein Vertrag ist ein Tatbestand, zu dessen Elementen einverständliche rechtsgeschäftliche Erklärungen der beteiligten Personen als Grund einer inhaltlich entsprechenden Rechtswirkung gehören[3].

Durch den Vertragsschluß bewirken die daran beteiligten Parteien dieselbe einverständliche Rechtswirkung. Ein Vertrag hat damit seinem Begriff nach die Bewirkung einer Rechtswirkung zum Inhalt. Das schließt die Erfüllbarkeit eines Vertrages aus. Die Unmöglichkeit der Erfüllung eines Vertrages schon seinem Inhalt nach folgt weiter daraus, daß der Vertragsschluß und damit der Vertrag mit dem Vorliegen der einverständlichen rechtsgeschäftlichen Erklärungen beendet ist.

---

2) Vgl. auch Kleineidam, § 24, S. 144 und Adler, S. 37.

3) Vgl. auch E. Wolf, Allg. T. § 8 AI S. 284; ders. SchR I § 20 II a S. 77.

Danach existiert der Vertrag nicht mehr. Das Existieren einer aufgrund eines Vertrages eingetretenen Rechtsiwrkung wie der Begründung von Rechtspflichten, Ansprüchen und Ausschlußgründen[4] ist vom Existieren des Vertrages zu unterscheiden. Beide schließen einander aus. Existiert der Vertrag, existiert die Rechtswirkung noch nicht, existiert diese, existiert der Vertrag nicht mehr[5]. In den §§ 362 ff. wird entsprechend dieser Rechtslage nicht von Erfüllung des Vertrages, sondern vom Erlöschen der Schuldverhältnisse gesprochen. Dieser Ausdruck ist zwar deshalb ungenau, weil durch Erfüllung nicht das Schuldverhältnis, sondern die einzelne Schuld erlischt. Sie sind aber darin zutreffend , daß es keine Erfüllung eines Vertrages gibt. Die erfüllte Schuld braucht keine vertragliche zu sein. Aufgrund eines Vertrages können mehrere Einzelschulden entstehen, die je gesondert zu erfüllen sind.
Erfüllbar sind danach nur die als Wirkung eines Vertrages eingetretenen Rechtspflichten oder Ansprüche. Gibt es aber keine "Erfüllung eines Vertrages", so gibt es auch keine "Nichterfüllung eines Vertrages" und keinen "Schadensersatz wegen Nichterfüllung eines Vertrages".

Mit der Verfehltheit der Ansicht, es sei bei § 325 Abs. 1 Satz 1 hinter dem Begriff Schadensersatz wegen Nichterfüllung das Wort "des Vertrages" hinzuzufügen, entfällt auch deren weitere Folgerung, von Schadensersatz wegen Nichterfüllung "des Vertrages" könne "nur im Hinblick

---

4) Ein Ausschlußgrund ist ein rechtliches Verhältnis mit dem Inhalt, den Ausschluß eines rechtlichen Verhältnisses oder einer Rechtswirkung zu bewirken. Zum Begriff des Ausschlußgrundes: E. Wolf, Allg. T., § 2 C, S. 125 ff. und § 8 A II h, S. 288; ders. SchR I, § 9 H I C, S. 504; ders. Festfabe für Herrfahrdt, S. 197 ff.

5) Aus dem Dargelegten folgt ebenfalls die Unmöglichkeit eines "Rücktritts vom Vertrag". A.a. Leser a.a.O. Zu dem Begriff Rücktrittsverhältnis eingehend: E. Wolf, SchR I, § 6 C, S. 315 ff; ders. AcP 153, S. 102 ff.

auf die beiderseitigen Leistungen gesprochen werden", d.h., die Gegenleistungspflicht sei notwendig in den Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung miteinzubeziehen und entfalle. Vielmehr folgt aus der Fassung des § 325 Abs. 1 Satz 1, wonach Schadensersatz wegen Nichterfüllung (nur) der einzelnen Schuld zu entrichten ist, daß die Pflicht des Gläubigers zur Gegenleistung von dem Recht auf Schadensersatz nicht betroffen wird, sondern bestehen bleibt.

b) Zu § 326 Abs. 1 Satz 2

aa) Die Begründung des Reichsgerichts

Ebenfalls unter Berufung auf den Gesetzeswortlaut - aber ausgehend von § 326 Abs. 1 Satz 2 - begründet das Reichsgericht[6] die Differenztheorie. Nach ihm spricht "schon der Wortlaut des § 326 Abs. 1 direkt gegen die Annahme, daß im Fall der Wahl des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung seitens des" Gläubigers "dieser zur Erfüllung dem" Schuldner "gegenüber ... verpflichtet bleibe". "'Nichterfüllung' und die an diese geknüpfte Folge 'Schadensersatzanspruch'" wiesen "unzweideutig darauf hin, daß das Gesetz davon" ausgehe, "das zweiseitige Rechtsgeschäft komme nach keiner Richtung zum Austrag".

Der Ansicht des Reichsgerichts, die Differenztheorie könne aus dem Wortlaut des § 326 Abs. 1 Satz 2 begründet werden,kann ebensowenig gefolgt werden,wie der im Schrifttum zu § 325 Abs. 1 Satz 1 vertretenen Meinung, hinter dem Begriff Schadensersatz wegen Nichterfüllung seien die Worte "des Vertrages" zu ergänzen. Wenn das Reichsgericht anführt, "das zweiseitige Rechtsgeschäft komme nach keiner Richtung zum Austrag", so meint es

---

6) RGZ 50, 255 ff. (264 f.).

damit, daß die Gegenpflicht des Gläubigers im Sinne der Differenztheorie entfalle. Das ist mit § 326 Abs. 1 nicht zu vereinbaren. Wie schon in § 325 Abs. 1 bezieht sich auch in § 326 Abs. 1 Satz 2 der Begriff "Nichterfüllung" auf die Leistung des Schuldners mit der dieser im Verzug ist. An deren Nichtbewirkung ist die Folge "Schadensersatzanspruch" geknüpft. Trifft das aber zu, so wird die Verpflichtung des Gläubigers zu seiner Gegenleistung von seinem Recht, Schadensersatz zu fordern, hier ebensowenig betroffen wie bei § 325 Abs. 1 Satz 1. Die gegenteilige Auffassung ergibt sich auch nicht daraus, daß in § 326 Abs. 1 Satz 2 an den Begriff "Nichterfüllung" die "Folge 'Schadensersatzanspruch'" geknüpft ist. Bei dem vom Reichsgericht gebrauchten Ausdruck, dies sei "unzweideutig", handelt es sich nur um eine Behauptung und nicht um eine rechtliche Begründung. Dem entspricht es, wenn auf dem 27. Deutschen Juristentag der Präsident des OLG Hamm-Köln[7] dem Reichsgericht "aufrichtig den Dank aussprechen" möchte, "das den Mut gehabt" habe, "die Frage ohne ängstliche Rücksichtnahme auf den Wortlaut der Gesetzesparagraphen ... zu entscheiden". Ebenso führt der BGH[8] bei seiner Rechtsprechung zur Differenztheorie aus, die Gegenpflicht des Gläubigers erlösche, "obgleich das Gesetz dies nicht ausdrücklich" ausspreche. Der BGH bekennt damit, daß der von der Differenztheorie unterstellte Fortfall der Gegenpflicht des Gläubigers mit dem Wortlaut des Gesetzes nicht zu vereinbaren ist.

bb) Die Begründung von Larenz

Von Larenz[9] wird schließlich noch der Wortlaut des § 326 Abs. 1 Satz 2 Halbs. 2, "der Anspruch auf Erfüllung ist ausgeschlossen", als Grund für die Differenztheorie ge-

---

7) 27. Dtscher Juristentag, 1904, Protokolle Bd. IV, S. 148.
8) BGH NJW 1970, 1733 ff. (1734).
9) Larenz, SchR I, § 23 II, S. 290.

nannt. Seiner Ansicht zufolge käme, "könnte ... der Verkäufer von dem im Zahlungsverzug befindlichen Käufer gem. der 'Surrogationstheorie' Schadensersatz wegen Nichtzahlung im Austausch gegen die Lieferung der Ware verlangen, das im praktischen Ergebnis auf dasselbe hinaus, wie das Verlangen, weiterhin zu erfüllen und daneben den Verzugsschaden zu ersetzen". Da der Erfüllungsanspruch aber nach dem Gesetzeswortlaut ausdrücklich ausgeschlossen sei, müsse dies bedeuten, "daß der Austausch jetzt" unterbleibe "und stattdessen der Gläubiger, wie es die Differenztheorie" wolle, "lediglich einen einseitigen Anspruch ... geltend machen" könne. Damit habe die Differenztheorie "hier auch eine gewisse Stütze im Gesetz".
Dieser Ansicht kann ebenfalls nicht zugestimmt werden. Mit den Worten "im praktischen Ergebnis" ist dabei gemeint, daß in dem von Larenz angeführten Beispiel der Inhalt der Schadensersatzpflicht gemäß der Austauschtheorie in der Zahlung einer Geldsumme in Höhe des Kaufpreises bestehe und deshalb seiner Höhe nach dem Erfüllungsanspruch entspreche. Das aber kann der Fall sein oder auch nicht. Hat der Verkäufer durch die Nichtzahlung des Käufers keinen über die Nichtzahlung des Kaufpreises hinausgehenden Schaden erlitten, so entspricht die Höhe seiner Schadensersatzforderung der Höhe seiner Kaufpreisforderung. Hat der Verkäufer infolge der Nichtzahlung dagegen einen über die Nichtzahlung des Kaufpreises hinausgehenden Schaden erlitten, so entspricht die Höhe der Schadensersatzforderung der Höhe des Kaufpreises nicht. Die Höhe des Kaufpreises und die Höhe des Schadensersatzes sind dann nicht "im praktischen Ergebnis" gleich. Dies ist z.B. der Fall, wenn der Verkäufer infolge der Nichtzahlung des Kaufpreises ein Darlehn aufnehmen muß und ihm dadurch Kosten entstehen. Auf die damit "praktisch" der Höhe des Schadensersatzanspruchs nach teilweise bestehende Gleichheit und teilweise bestehende Ungleichheit zu der

Höhe des Zahlungsanspruchs kommt es im übrigen rechtlich nicht an. Maßgebend ist vielmehr der begriffliche Inhalt einer Verpflichtung zum Schadensersatz wegen Nichterfüllung und der einer Pflicht zur Erfüllung eines vertraglichen Anspruchs. Der Inhalt des Begriffs Schadensersatz wegen Nichterfüllung ergibt sich aus dem Begriff des Schadensersatzes allgemein, dieser sich wiederum aus dem des Schadens. Zwar ist der Begriff des Schadens im BGB nicht definiert, es folgt aber aus § 249 Satz 1, daß ein Schaden zu erkennen ist, als der "für einen Menschen nachteilige Unterschied zwischen einem durch ein bestimmtes Ereignis bedingten (realen) Sachverhalt und einen (hypothetischen) Sachverhalt, der bei Nichteintritt dieses Ereignisses in einem späteren Zeitpunkt existieren würde"[10]. Ein Schaden sind danach alle durch das schädigende Ereignis begründeten Nachteile für den Geschädigten[11]. Diese sind durch Schadensersatz im Falle einer Schadensersatzpflicht auszugleichen[12]. Da - wenn Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu leisten ist - das schädigende Ereignis in der Nichterfüllung einer Schuld[13] besteht, ist schließlich Inhalt des Begriffs Schadensersatz wegen Nichterfüllung die Verpflichtung des Schuldners zum Ausgleich jedes in der Nichterfüllung der Schuld begründeten Nachteils[14] des Gläubigers. Dies gilt für die §§ 325, 326 wie für jeden gesetzlichen Tatbestand bei dessen Vorliegen Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangt werden kann. Demgegenüber ist der Inhalt einer Pflicht zur Erfüllung eines

---

10) E. Wolf, Festschrift für Schiedermair, S. 545.

11) E. Wolf, Festschrift für Schiedermair, S. 545. Vergl. auch ders. SchR I § 4 G II, S. 173.

12) E. Wolf, SchR I, § 4 G II, S. 173.

13) Besteht das schädigende Ereignis in der Nichterfüllung einer Schuld, so besteht es regelmäßig damit zugleich in der Nichterfüllung eines Forderungsrechtes ausnahmsweise auch eines Ausschlußgrundes (vgl. dazu Fn 4).

14) Vgl. E. Wolf, SchR I, § 9 Va, S. 472.

vertraglichen Anspruchs die Bewirkung der vertraglich geschuldeten Leistung, Bemühung oder Unterlassung. Der Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung und der Anspruch auf Erfüllung sind deshalb nicht identisch. Vielmehr setzt teilweise die Existenz des Schadensersatzanspruchs wegen Nichterfüllung das vorausgegangene Existieren eines Erfüllungsanspruchs voraus. Erst dessen Existieren und dessen Nichterfüllung bewirken - neben anderen Tatbestandselementen - die Entstehung des Schadensersatzanspruchs wegen Nichterfüllung. Beide Ansprüche sind nach ihrem begrifflichen Inhalt ungleich und können es auch nach ihrem Umfang sein. So kann als Schadensersatz auch Ersatz jedes weiteren - d.h. jedes über die Nichterfüllung hinausgehenden - Schadens verlangt werden[15]. Das folgt daraus, daß vom Schadensersatzpflichtigen alle durch das schädigende Ereignis für den Geschädigten begründeten Nachteile zu ersetzen sind. Ist z.B. dem Gläubiger durch die Nichtleistung ein Gewinn entgangen, so kann er diesen Schaden vom Schuldner ersetzt verlangen. Ebenso ist dem Gläubiger z.B. ein Schaden zu ersetzen, der eintritt, weil er infolge der Nichtleistung des Schuldners gegenüber einem Dritten haftet, dem er seinerseits zur Lieferung des vom Schuldner nicht geleisteten Gegenstandes verpflichtet war.
Daß ein Schadensersatzanspruch kein Erfüllungsanspruch ist, gilt aber auch dann, wenn - etwa weil dem Gläubiger zufällig kein über die Nichterfüllung seines Anspruchs hinausgehender Schaden entstanden ist und vom Schuldner Geld als Schadensersatz geschuldet wird - der Schadensersatz wegen Nichterfüllung in der Zahlung eines dem Erfüllungsanspruchs entsprechenden Geldbetrages besteht. Auf eine zufällige "praktische" Gleichheit beider Ansprüche

---

15) E. Wolf, SchR I, § 9 FV b 3, S. 477.

kommt es rechtlich nicht an. Trifft das aber zu, so hat der Wortlaut des § 326 Abs. 1 Satz 2 Halbs. 2, "der Anspruch auf Erfüllung ist ausgeschlossen", keine Bedeutung für die Frage, ob die Gegenpflicht des Gläubigers entsprechend der Austauschtheorie weiter besteht oder entsprechend der Differenztheorie erlischt. Die Meinung, die Differenztheorie habe in § 326 Abs. 1 Satz 2 Halbs. 2 "eine gewisse Stütze im Gesetz" ist somit verfehlt. Es bleibt auch insoweit bei der Unvereinbarkeit der Differenztheorie mit den Bestimmungen der §§ 325 Abs. 1 Satz 1, 326 Abs. 1[16].

Daß die Differenztheorie mit der Fassung des BGB nicht zu vereinbaren ist, wird in anderer Beziehung von einigen ihrer Vertreter ausdrücklich eingestanden. Ausgehend von dem Gesetzeswortlaut in § 325 Abs. 1 Satz 1 und in § 326 Abs. 1 Satz 2, der Gläubiger kann "Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen o d e r von dem Vertrage zurücktreten", erkennen sie an, daß beide Rechtsbehelfe nur alternativ nebeneinander bestehen, nicht aber vom Gläubiger zusammen ausgeübt werden können und räumen ein, "wesentlich gegen die Gesetzmäßigkeit der Differenztheorie" spreche, "daß sie im Ergebnis mit dem Schadensersatz Rücktrittswirkungen" verbinde. Soweit die Differenztheorie gelte, sei deren Rechtsfolge für den Gläubiger dieselbe, als "wenn er Schadensersatz und Rücktritt zusammen geltend machen könnte". Er werde "von seiner Leistungspflicht befreit und" könne "Schadensersatz verlangen"[17].

---

16) Teilweise wird vertreten, die Differenztheorie entspreche § 376 Abs. 2 HGB sowie § 18 Abs. 2 Satz 2 KO. (vgl.v.Staudinger-Kaduk, Vorbem. § 323, Bem. 64, Esser-Schmidt, SchR I, § 28 III, S. 81). Wenn dabei gleichzeitig anerkannt wird, "diese Hinweise seien aber "für die Auslegung des BGB ... gewiß nicht zwingend (v. Staudinger-Kaduk, ebd.), so ist dem nichts weiter hinzuzufügen

17) van den Daele, S. 85; v. Staudinger-Kaduk, Vorbem. § 323, Bem. 9, Soergel-Reimer-Schmidt, § 326, Bem. 33; M. Wolf, S. 52; Adler, S. 37. Als Vertreter der Austauschtheorie: Oertmann, SchR, § 325 Anm. 1b, Kisch, Schadensersatz, S. 106 ff.; ders. Unmöglichkeit, S. 132; Endemann, § 125, S. 706.

Diesem Argument gegen die Differenztheorie wird von einem ihrer Vertreter[18] eine solche Bedeutung beigemessen, daß er dazu feststellt, es sei "vollständig bewiesen, daß die Differenztheorie mit dem Gesetz im Widerspruch " stehe, und "die Behauptung, daß die Differenztheorie im Bürgerlichen Gesetzbuch begründet sei", werde "kein Einsichtiger mehr wiederholen dürfen"[19].

Aber auch noch in einer weiteren Beziehung erkennen Vertreter der Differenztheorie deren Gesetzwidrigkeit an[20]. So wird zu § 325 Abs. 1 Satz 3 festgestellt, daß die dem Gläubiger dort eingeräumte Befugnis, die für den Fall des § 323 bestimmten Rechte geltend zu machen, " als eine wahlweise neben der Forderung nach Schadensersatz gegebene Möglichkeit, sinnlos" wäre[21]. Verliert der Schuldner nämlich nach § 323 Abs. 1 den Anspruch auf die Gegenleistung, so verbindet die Differenztheorie mit dem Schadensersatz dieselbe Rechtsfolge, wie sie nach dem Gesetz dann eintritt, wenn der Gläubiger sich auf die §§ 325 Abs. 1 Satz 3, § 323 Abs. 1 beruft. Dazu führt ein Vertreter der Differenztheorie[22] aus: "Solche Ungereimtheit" dürfe man den Verfassern des Gesetzes wohl nicht zutrauen" und "daß der Gesetzgeber von der Surrogationstheorie ausgegangen" sei, lasse sich nicht verkennen.

---

18) Adler, S. 33.

19) Wenn M. Wolf, S. 60, dazu meint, "das in § 325 BGB angeordnete Verhältnis ausschließlicher Alternativität" "von Schadensersatz und Rücktritt" könne "für den Schadensersatz nach der Differenztheorie nicht gelten", da diese "eine Rechtsschöpfung praeter legem, außerhalb des § 325 BGB" sei, so befarf das in diesem Zusammenhang keiner Widerlegung. (Vgl. dazu S. 87 ff.).

20) v. Staudinger-Kaduk, Vorbem. § 323, Bem. 61; Larenz SchR I, § 22, S. 277; vgl. auch grds. zur Unvereinbarkeit der Differenztheorie mit dem Gesetz: Rother, § 325, Zusatz zu § 325.

21) Larenz, SchR I, § 22, S. 277.

22) Larenz, SchR I, § 22, S. 277.

II. Die Begründung der Differenztheorie aus der Natur des Anspruchs auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung

Trotz der von einigen Vertretern der Differenztheorie getroffenen Feststellung, die Differenztheorie entspreche nicht dem Gesetz, nehmen andere Vertreter der Differenztheorie an, daß die Differenztheorie mit dem Gesetz zu vereinbaren sei. Nach einer Ansicht[1] soll das aus der "Natur des Anspruchs auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung aus dem gegenseitigen Vertrag"[2] folgen.

a) Der "Schadensersatz wegen Nichterfüllung des Vertrages als ganzen"

Bei der Begründung der Differenztheorie aus der Natur des Anspruchs auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung wird zu dem von dieser Theorie angenommenen "Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung des Vertrages als ganzen" ausgeführt, der Schadensersatzanspruch nach §§ 325 Abs. 1 Satz 1, 326 Abs. 1 Satz 2, 326 Abs. 2 sei ein "solcher wegen Nichterfüllung des Vertrages ..., nicht nur wie bei einseitig verpflichtenden Verträgen ... nur seiner Forderung"[3]. Der Anspruch gehe "gar nicht mehr auf das Äquivalent der Leistung ... sondern ... auf den dadurch entstandenen Schaden, daß der Austausch der beiden Leistungen nicht durchgeführt" werde[4].

---

1) Vgl. RGZ 66, 61 ff. (67); RGZ 83, 279 ff. (281; RGZ 102, 60 ff. (62); Schöller, Gruch., Bd. 44, S. 611; Kipp, S. 254 ff.; v. Staudinger-Kaduk, Vorbem. § 326 II 1; vgl. auch Leser, S. 126.

2) Leser, S. 126.

3) Siber, § 44 III 3 a, S. 195. Ebenfalls von einer "Nichterfüllung des Vertrages" gehen ausdrücklich aus: Palandt-Heinrichs, § 325 Anm. 3a; Esser-Schmidt, SchR I, § 28 III, S. 80; Brox, SchR I, S. 142; Larenz, SchR I, § 22 II, S. 277; Erman -Battes, § 325 Rdnr. 12; v. Staudinger-Kaduk, Vorbem. § 323, Bem. 65; Rosenthal-Bohnenberg, Anh. § 326 II 1; RGZ 58, 173 ff. (177); RGZ 102, 60 ff. (62); RGZ 66, 61 ff. (67); RGZ 96, 20 ff.(2

4) Esser-Schmidt, SchR I, § 28 III, S. 80.

Denn durch den Schadensersatzanspruch würden "die beiderseitigen Leistungen unmittelbar berührt"[5]. Dementsprechend gehe die Differenztheorie "nicht von den auszutauschenden Einzelleistungen, sondern von dem Vertrag als Einheit aus"[6] und "mit dem neueren Rechtsgedanken, der die Einheit des Schuldverhältnisses" betone, sei "die scharfe Trennung und Gegenüberstellung der einzelnen Leistungen ohnehin nicht vereinbar"[7].
Diese Ausführungen halten einer Prüfung nicht stand. Die Annahme, es sei "Schadensersatz wegen Nichterfüllung des Vertrages als ganzen" zu leisten, ist weder mit dem Begriff Schadensersatz wegen Nichterfüllung noch mit den Begriffen Vertrag und Schuldverhältnis zu vereinbaren.

Inhalt des Begriffs Schadensersatz wegen Nichterfüllung, ist die Verpflichtung des Schuldners zum Ausgleich jedes in der Nichterfüllung einer Schuld begründeten Nachteils[8]. Soll der danach vom Schuldner vorzunehmende Ausgleich gemäß der Differenztheorie seinen Grund in der Nicherfüllung "des Vertrages als ganzen" haben, so müßte Inhalt der Schuld, für deren Nichterbringung der Schuldner Schadensersatz zu leisten hat, nicht nur die Bewirkung seiner Leistung sein. Der Schuldner müßte vielmehr unter Einbeziehung der Gegenleistung des Gläubigers Erfüllung eines "Vertrages als ganzen" schulden. Nur bei einem solchen Inhalt der Schuld des Schadensersatzverpflichteten könnte grundsätzlich durch deren Nichterfüllung ein Schaden des Gläubigers wegen Nichterfüllung "des Vertrages als ganzen" begründet sein.

---

5) RGZ 58, 173 ff. (177).
6) Brox, SchR I, S. 242.
7) BGB-RGRK-Ballhaus, § 325, Rdnr. 13.
8) Vgl. S. 17 f.

Eine Verpflichtung des Schuldners zur Erfüllung eines "Vertrages als ganzen" aber existiert nicht[9]. Sie scheitert vielmehr bereits daran, daß ein Vertrag nicht erfüllbar ist und es demzufolge weder eine "Nichterfüllung eines Vertrages" noch einen "Schadensersatz wegen Nichterfüllung eines Vertrages" geben kann. Dies wurde bereits oben dargelegt[10]. Hinzu kommt, daß die mit der Annahme eines "Vertrages als ganzen" und einer "Einheit des Schuldverhältnisses" behauptete "Einheit" von Vertrag, Schuldverhältnis, Rechtspflichten, Ansprüchen sowie Ausschlußverhältnissen nicht existiert. Ein Vertrag ist ein Tatbestand, zu dessen Elementen einverständliche rechtsgeschäftliche Erklärungen der beteiligten Personen als Grund einer inhaltlich entsprechenden Rechtswirkung gehören[11]. Besteht diese Rechtswirkung in der Begründung eines Schuldverhältnisses, ist der Vertrag Entstehungstatbestand des Schuldverhältnisses, dieses ist die Rechtswirkung des Vertrages. Ein Schuldverhältnis wiederum ist ein Rechtsverhältnis mit dem Inhalt zu bewirken, daß zwischen den daran beteiligten Rechtspflichten, Ansprüchen oder Ausschlußgründe entstehen[12]. Die Rechtspflichten, Ansprüche oder Ausschlußgründe sind dann Rechtswirkung des Schuldverhältnisses, dieses ein Element ihres Entstehungstatbestands. Die Rechtswirkung eines Vertrages kann aber - wie z.B. gewöhnlich bei einem Ladenkauf - auch darin bestehen, gleichzeitig das Schuldverhältnis sowie die Rechtspflichten, Ansprüche sowie Ausschlußgründe zu begründen. Der Vertrag ist dann Entstehungstatbestand sowohl des Schuldverhältnisses als auch

---

9) Vgl. E. Wolf, SchR I, § 1 C 2 a, S. 31 f.; ders. Festgabe für Herrfahrdt, S. 200.

10) S. 13 f.

11) Vgl. S. 13.

12) Vgl. dazu und zum Folgenden: E. Wolff, SchR I, § 1 C II 2 d, S. 29 ff.

der Rechtspflichten, Ansprüche bzw. Ausschlußgründe. Wären nun der Vertrag, das Schuldverhältnis und die Rechtspflichten, Ansprüche bzw. Ausschlußgründe eine Einheit, so wären Ursache und Wirkung eine Einheit. Das ist logisch nicht möglich. Vielmehr setzt der Eintritt einer Wirkung die davon zu unterscheidende Ursache voraus. Beides ist keine Einheit und somit auch keine Ganzheit.[13]. Darüberhinaus ist der Vertrag mit dem Vertragsschluß d.h. dem Vorliegen der einverständlichen rechtsgeschäftlichen Erklärungen vollendet und besteht dann nicht mehr[14]. Das schließt seine Einheit oder Ganzheit mit dem Schuldverhältnis sowie den Rechtspflichten, Ansprüchen bzw. Ausschlußgründen aus. Wird trotzdem die Existenz eines "Vertrages als ganzen" vertreten, so wird damit eine falsche Einheit von Vertrag und den daraus entstehenden rechtlichen Verhältnissen bezeichnet.

Aus den dargelegten begrifflichen und sachlichen Zusammenhängen folgt zugleich die Unmöglichkeit einer "Einheit des Schuldverhältnisses". Die damit gemeinte Einheit von Schuldverhältnis, Rechtspflichten, Ansprüchen und Ausschlußgründen scheitert schon daran, daß durch den Vertrag nur das Schuldverhältnis begründet werden kann und erst durch dieses Rechtspflichten und Ansprüche und Ausschlußgründe begründet werden können. Trifft das aber zu, so können Rechtspflichten, Ansprüche und Ausschlußgründe nicht mit deren Entstehungstatbestand, dem Schuldverhältnis, eine Einheit bilden, da Ursache und Wirkung sich hier wie dort als Einheit ausschließen.

---

13) So aber z.B. Larenz, SchR I, § 23 II, S. 290. Vgl. dazu S. 16 ff.

14) Vgl. S. 13 f.

Die Unmöglichkeit der behaupteten "Einheit des Schuldverhältnisses" sowie eines "Vertrages als ganzen" folgt schließlich auch aus der Verschiedenheit der durch das Schuldverhältnis bzw. den Vertrag begründeten Rechtspflichten, Ansprüche oder Ausschlußgründe. Während eine Rechtspflicht[15] die Gebundenheit des Verpflichteten in einer Entscheidung beinhaltet, ist Inhalt eines Anspruchs[16] die Zuständigkeit des Berechtigten zu einer Entscheidung. Inhalt eines Ausschlußgrundes[17] ist es schließlich, für einen an einem schuldrechtlichen Verhältnis Beteiligten gegenüber einem anderen den Ausschluß eines rechtlichen Verhältnisses oder einer Rechtswirkung zu bewirken. Zwischen der Zuständigkeit zu einer Entscheidung und der Gebundenheit in einer Entscheidung kann dabei logisch ebensowenig eine Einheit bestehen wie zwischen der Zuständigkeit zu einer Entscheidung oder der Gebundenheit in einer Entscheidung und dem Ausschluß eines rechtlichen Verhältnisses bzw. einer Rechtswirkung.

Wären schuldrechtliche Pflichten und Rechte Bestandteile des Schuldverhältnisses als einer "Einheit", könnten sie nicht entstehen, sich ändern, auf andere Personen übergehen oder enden, ohne daß das Schuldverhältnis sich in seinem Bestand änderte. Die Abtretung eines Forderungsrechts z.B. wäre dann eine Teilung des Schuldverhältnisses und dieses nicht mehr vollständig[18]. Die Erfüllung einer Schuld wäre eine Erfüllung des Schuldverhältnisses das damit enden müßte, auch wenn z.B. eine andere dadurch begründete Schuld noch nicht erfüllt ist. Die Verfehltheit solcher Konsequenzen zeigt die der Lehre einer "Einheit des Schuldverhältnisses" selbst. Mit ihr wird die falsche

---

15) Vgl. E. Wolf, SchR I § 1C, II a, S. 14 ff.
16) Vgl. E. Wolf, SchR I § 1 C, II b, S. 19 ff.
17) Vgl. E. Wolf, SchR I § 1C, IIc, S. 23 ff.
18) Vgl. E. Wolf, SchR I § 1G, 2 d, S. 32 f.

Einheit der aus einem Vertrag entstehenden rechtlichen Verhältnisse untereinander bezeichnet.

Sowohl bei der Formel "Vertrag als ganzes" als auch bei der Formel "Einheit des Schuldverhältnisses" handelt es sich aus diesen Gründen folglich nicht - wie behauptet - um einen "neueren Rechtsgedanken", sondern um die Verkennung der Unterschiede zwischen einem Vertrag, einem Schuldverhältnis, einer Rechtspflicht, einem Anspruch sowie einem Ausschlußverhältnis. Dem entspricht es, daß die Ausdrücke "Vertrag als ganzes", "Vertrag als Einheit" und "Einheit des Schuldverhältnisses" im BGB nicht vorkommen und eine Definition dieser Worte nicht erfolgt. Indem von dieser Lehre dennoch anstelle der Rechtspflicht, dem Anspruch oder dem Ausschlußgrund fehlerhaft auf einen "Vertrag als ganzes" bzw. eine "Einheit des Schuldverhältnisses" abgestellt wird, handelt es sich dabei um eine unzutreffende Ganzheitslehre.

Der Ausdruck "Schadensersatz wegen Nichterfüllung des Vertrages als ganzen" ist aus all diesen Gründen in mehrfachem Sinne falsch. Es gibt weder einen "Vertrag als ganzes" noch dementsprechend eine Pflicht zur Erfüllung eines "Vertrages als ganzen" noch eine Schadensersatzpflicht zum Ausgleich eines durch Nichterfüllung eines "Vertrages als ganzen" entstandenen Schadens. Wenn Vertreter der Differenztheorie sich dennoch zur "Begründung" ihrer Theorie auf diese Formel berufen, so ist dies unhaltbar.

b) Die "Umwandlung des Schuldverhältnisses in einen "einseitigen Differenzanspruch"

Die weitere Annahme der Differenztheorie, daß sich das gegenseitige Schuldverhältnis in den "Schadensersatzan-

spruch wegen Nichterfüllung des Vertrages als ganzen" "umwandelt", wird zwar zu dem Wesen des Anspruchs auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung vertreten, dies wird jedoch nicht begründet. Statt dessen nimmt das Reichsgericht in seinen Entscheidungen außer einer "Umwandlung" auch an, das Vertragsverhältnis "konzentriere" sich auf das Recht und die Verbindlichkeit zum Schadensersatz"[19] bzw. es habe sich "für beide Vertragsteile aufgelöst in das Recht und die Verpflichtung ... auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung"[20]. Trotz der vermeintlich erfolgten "Umwandlung", "Konzentration" oder "Auflösung" des Vertragsverhältnisses werde aber "der Vertrag rechtlich nicht aufgehoben"[21] und "der Schadensersatz wegen Nichterfüllung aus dem fortbestehenden Vertrag gefordert und geschuldet"[22].

Die mit der "Umwandlung", Konzentration" oder "Auflösung" des Vertragsverhältnisses verbundene Verringerung der "Ersatzforderung des Gläubigers um den Betrag der ersparten Gegenleistung" - "Abrechnung" statt einer Aufrechnung[23] - geschehe dabei "von selbst"[24]. Nach einem Ver-

---

19) RGZ 50, 255 ff. (267).

20) RGZ 57, 106 ff. (106); ebenso: RGZ 66, 61 ff. (70); BGH NJW 58, 1915; Demgegenüber werde nach RG JW 31, 1183 "dadurch, daß der vertragstreue Teil Schadensersatz wegen Nichterfüllung nach § 326 BGB" fordere, "der Vertrag nicht zur Auflösung gebracht".

21) RGZ 58, 173 ff. (177); vgl. auch HGBRGRK-Würdinger-Röhricht, 3. Aufl., vor § 373 HGB, Anm. 51.

22) RGZ 50, 255 ff. (267). Vgl. auch BGHZ 19, 153 ff. (161). Danach ist der "Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung ein Anspruch aus dem Vertrag und" "setzt" "seine Gegenleistung" "ein Festhalten an dem Vertrag" "voraus".

23) RGZ 141, 259 ff. (262). Vgl. auch: BGH NJW 58, 1915 und Palandt-Heinrichs, § 325 Anm. 3a.

24) Siber, § 44, 3a, S. 195. Vgl. auch Molitor, § 20, S. 102.

treter der Differenztheorie[25] greift insoweit "eine Art Legalkompensation ein", die ohne Aufrechnung und die Notwendigkeit einer Aufrechnungserklärung" "zum Erlöschen der beiden Forderungen" führe.

Dieser Ansicht kann nicht zugestimmt werden. Die nach der Differenztheorie gemäß dem "Wesen des Schadensersatz wegen Nichterfüllung" vermeintlich eintretende "Umwandlung" des Vertrages in den "einseitigen Anspruch" auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung der "an die Stelle von Leistung und Gegenleistung" trete, ist unmittelbare Folge der unzutreffenden Vorstellung, es sei unter Einbeziehung der Gegenleistung "Schadensersatz wegen Nichterfüllung des Vertrages als ganzen" zu leisten und entfällt mit dieser. Wenn eine "Umwandlung" stattfände, bestünde danach ausschließlich ein einseitiger Anspruch. Dann wäre es ausgeschlossen, daß der Schadensersatzberechtigte noch die frühere Gegenleistung erbringen könnte, wie nach der sog. "abgeschwächten Differenztheorie" angenommen wird. Es müßte vielmehr eine Rückumwandlung stattfinden was völlig unhaltbar ist. Die Verfehltheit dieser Ansicht wird auch deutlich, wenn im Schrifttum[26] von einem Vertreter der Differenztheorie für den Fall, daß der Gläubiger nach der sog. "abgeschwächten Differenztheorie" seine Gegenleistung doch erbringen will, "große Konstruktionsschwierigkeiten" eingeräumt werden. Wenn diese dadurch aufgehoben werden sollen, daß man bis zur Erklärung des Gläubigers in welcher Weise er Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordere, "jede definitive Festlegung vermeiden" müsse, so hat das mit der gesetzlichen Rechtslage und rechtswissenschaftlicher Dogmatik nichts mehr zu tun.

---

25) Brage, MDR 59, 437 ff. (438).

26) Niederländer, Hubert, a.a.O., S. 251.

Unhaltbar ist es auch, wenn statt einer "Umwandlung" eine "Auflösung" des Vertragsverhältnisses bzw. die damit gemeinte "Auflösung" des Schuldverhältnisses, der Rechtspflichten, Ansprüche und Ausschlußgründe vertreten wird. Träfe diese Auffassung zu, dürften nach erfolgter "Auflösung" weder das Schuldverhältnis noch eine Rechtspflicht, ein Anspruch oder ein Ausschlußgrund mehr existieren.

Dafür, daß ein Anspruch des Gläubigers "allein übrig" bleibe, gibt es keinen Rechtsgrund. Im übrigen wäre dann das Schuldverhältnis zum Teil aufgelöst und zum Teil nicht aufgelöst. Das ist dogmatisch nicht zu vertreten. Die schon bestehende Unklarheit wird noch dadurch erhöht, daß der Vertrag zwar "aufgelöst" - er aber zugleich doch "rechtlich nicht aufgehoben" sei und "der Schadensersatz wegen Nichterfüllung aus dem fortbestehenden Vertrag gefordert und geschuldet" werde. Die hierin liegende Widersprüchlichkeit bedarf keiner näheren Ausführung[27].

Ebenso unhaltbar ist die These, Entstehungstatbestand eines "einseitigen" Schadensersatzanspruches des Gläubigers sei eine "Konzentration" des Vertragsverhältnisses. Eine "Konzentration" des Vertragsverhältnisses gibt es ebensowenig wie eine "Konzentration" eines Schuldverhältnisses oder eine "Konzentration" rechtlicher Pflichten, Ansprüche oder Ausschlußgründe. Die Gegenauffassung beruht wiederum auf der Annahme einer Ganzheit, die in Wahrheit nicht existiert.

Der Unhaltbarkeit der Annahme einer "Umwandlung","Auflösung" oder "Konzentration" des Vertragsverhältnisses

---

27) Vgl. E. Wolf, SchR I, § 9 F 3 bb, S. 476, Fn. 121.

entspricht es, daß es weder für eine "Umwandlung" noch für eine "Konzentration" oder "Auflösung" des Vertragsverhältnisses als Folge eines Anspruchs auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung einen gesetzlichen Tatbestand gibt, der eine "Umwandlung", "Konzentration" oder "Auflösung" des Vertragsverhältnisses zur Rechtsfolge hätte. Eine "Umwandlung", "Konzentration" oder "Auflösung" eines Vertragsverhältnisses erfolgt ebensowenig wie die damit vermeintlich verbundene Verringerung der Ersatzforderung des Gläubigers um den Wert seiner Gegenleistung "von selbst". Von selbst geschieht überhaupt nichts. Ohne Tatbestand kann keine Rechtswirkung eintreten. Die Behauptung des Gegenteils ist unhaltbar. Die Worte "von selbst" kennzeichnen daher den Versuch, das Fehlen eines sachlichen rechtlichen Grundes für die unterstellte Rechtswirkung zu verdecken.

Hieran vermögen auch die Behauptungen von einer "Abrechnung" und der "endgültigen Liquidation" des Vertrages nichts zu ändern weil es sich dabei nicht um rechtliche Begriffe handelt. Entsprechendes gilt für die Meinung, es wirke ohne "Aufrechnung und die Notwendigkeit einer Aufrechnungserklärung" insoweit eine "Legalkompensation". Auch dabei handelt es sich weder um einen rechtlichen Begriff noch existiert ein in dieser Weise wirkender Tatbestand.

Eine Verringerung der Ersatzforderung des Gläubigers um den Wert seiner Gegenleistung erfolgt nicht "von selbst" oder im Wege einer "Legalkompensation", sondern nur dann, wenn die Voraussetzungen einer Aufrechnung vorliegen und diese erklärt wird. Alles andere ist mit den §§ 387 ff. nicht zu vereinbaren. Diese wären bei gleichartigen Leistungspflichten, die zueinander in einem Gegenseitigkeitsverhältnis stehen, sonst überflüssig.

c) Der "reine Geldanspruch" der Differenztheorie

Zu dem nach der Differenztheorie ausschließlich auf die Zahlung von Geld gerichteten Schadensersatzanspruch wird weiter ausgeführt, bei der "Frage ..., was unter Schadensersatz wegen Nichterfüllung beim gegenseitigen Vertrag verstanden werden" solle, könne "dem Begriff Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu Grunde gelegt werden", "daß als Schadensersatz Entschädigung in Geld und nur in Geld geschuldet" werde. Demzufolge soll "keine Rede sein von der Anwendung der Regel des § 249 Abs. 1". Denn sei die Leistung des Schuldners unmöglich, so sei "damit die Herstellung überhaupt ausgeschlossen"[28]. Entsprechendes gelte für § 326 Abs. 1 Satz 2, denn "nach der ausdrücklichen Vorschrift jener Gesetzesbestimmung" sei "der ursprüngliche Erfüllungsanspruch ausgeschlossen" während "die Vorschrift des § 249 Satz 1 aber dahin führen" würde, "jenen Erfüllungsanspruch wieder herzustellen"[29]. Falls aber der Gläubiger nach § 326 Abs. 2 "von Anfang an, ohne daß es einer Nachfrist" bedürfe "Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen" könne "weil die verspätete Erfüllung für ihn kein Interesse" habe, dann gehe "schon aus dieser Voraussetzung hervor, daß er die verspätete Leistung als Herstellung des dem Vertrag entsprechenden Zustandes nicht anzunehmen" brauche, "daß sein Interesse vielmehr in der Geldentschädigung" bestehe[30].

---

28) Schöller, Gruch. Bd. 44, S. 607; vgl. ders. Gruch. Bd. 45, S. 530. Vgl. auch: RGZ 61, 348 ff. (353 f.); RGZ 107, 15 ff. (18) m.w.Nachw. Nach Larenz, SchR I, § 23 III, S. 290 und Pieper, S. 415 soll allein bei den §§ 326 Abs. 1 Satz 2, 326 Abs. 2 und nicht auch bei § 325 Abs. 1 Satz 1 ausschließlich Geld als Schadensersatz geschuldet werden.

29) RGZ 61, 348 ff. (353 f.). Vgl. auch Larenz SchR I, § 23 II, S. 290.

30) Schöller, Gruch. Bd. 44, S. 607.

Auch der These der Differenztheorie, als Schadensersatz werde nur Entschädigung in Geld geschuldet, kann nicht zugestimmt werden. Sie ist nicht damit zu vereinbaren, daß der Inhalt und Umfang eines Anspruchs auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung nach den §§ 249 bis 255 bestimmt und danach nur bei Vorliegen eines der Tatbestände der §§ 249 Satz 2, 250, 251 Geldersatz verlangt werden kann[31]. Der Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung kann danach in Geld bestehen, muß es aber nicht. Das Vorliegen eines Tatbestands der §§ 249 Satz 2, 250, 251 wird bei der Anwendung der Differenztheorie aber nicht behauptet. Überwiegend wird ausdrücklich eingeräumt, daß es an einem derartigen Tatbestand fehlt.

Die Vertreter der Differenztheorie setzen mit ihrer Auffassung, als Schadensersatz nach den §§ 325 Abs. 1 Satz 1, 326 Abs. 1 Satz 2, 326 Abs.2 werde nur Geld geschuldet den Anspruch auf Schadensersatz mit dem Anspruch auf Erfüllung begrifflich gleich. Das geschieht einmal mit der Annahme, wenn die Leistung des Schuldners unmöglich sei, so sei damit "die Herstellung überhaupt" und folglich ein auf Naturalrestitution gerichteter Schadensersatzanspruch "ausgeschlossen". Ebenso wird aber auch im Fall des § 326 Abs. 1 Satz 2 verfahren, wenn behauptet wird, daß der nach § 326 Abs. 1 Satz 2 Halbs. 2 eingetretene Ausschluß des ursprünglichen Erfüllungsanspruchs des Gläubigers deshalb mit § 249 Satz 1 unvereinbar sei, weil eine Sachherstellung dazu führen würde, "jenen Erfüllungsanspruch wieder herzustellen". In beiden Fällen nehmen die Vertreter der Differenztheorie eine Identität zu dem ursprünglichen Leistungsanspruch und einem auf Schadensersatz gerichteten Schadensersatzanspruch an. Sie verkennen damit, daß in Wahrheit ein Anspruch auf Schadensersatz dem Anspruch

---

31) Vgl. E. Wolf, SchR I, § 9 FVa 3 bb, S. 473.

auf Erfüllung inhaltlich stets ungleich ist, auch wenn Gegenstand und Umfang sich zufällig decken. Dies wurde bereits ausgeführt[32]. Soweit der Ausgleich eines bei dem Gläubiger durch die Nichterfüllung des Schuldners eingetretenen Schadens durch Sachersatz möglich ist, wird dieser folglich gemäß § 249 Satz 1 auch bei einem Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung nach §§ 325 Abs. 1 Satz 1, 326 Abs. 1 Satz 2, 326 Abs. 2 geschuldet. Wenn in einem Teil der Fälle Sachersatz nicht möglich und dann vom Schuldner Geldersatz zu leisten ist, so läßt das die grundsätzliche Möglichkeit beider Ersatzarten unberührt.
Entsprechendes gilt auch, wenn die Gläubiger nach § 326 Abs. 2 "von Anfang an, ohne daß es einer Nachfrist bedarf, Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen" kann "weil die verspätete Erfüllung für ihn kein Interesse hat". Der Fortfall des Interesses an der geschuldeten Leistung ist lediglich ein Tatbestandsmerkmal das, wenn es vorliegt, neben weiteren Tatbestandsmerkmalen das Entstehen eines Anspruchs auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung zur Folge hat. Über den gesetzlichen Inhalt des einmal entstandenen Schadensersatzanspruchs besagt dagegen der Fortfall des Interesses an der geschuldeten Leistung nichts. Weder folgt daraus, daß, wie Vertreter der Differenztheorie meinen, für den Gläubiger "sein Interesse in der Geldentschädigung" bestehe, noch käme es für den gesetzlichen Inhalt des Anspruchs auf Schadensersatz nach § 326 Abs. 2 auf ein solches Interesse an.

Daß danach in keinem der nach §§ 325 Abs. 1 Satz 1, 326 Abs. 1 Satz 2, 326 Abs. 2 möglichen Fälle eines Anspruchs auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung nur "Entschädigung in Geld" gefordert und angeboten werden" kann, er-

---

32) B I, S. 16 f.

kennen einige Vertreter der Differenztheorie[33] bei § 325 ausdrücklich an. Dabei wird zu § 325 Abs. 1 Satz 1 ausgeführt, daß das Gesetz "eben des Gegensatzes zur Erfüllung halber, in dem sich dieser Schadensersatz" bewege, "schlechterdings nur an Geldersatz denken" könne, sei "etwas zu radikal". "Vielmehr" könne bei § 325 Abs. 1 Satz 1 "in gewissen Grenzen auch der Schadensersatz wegen Nichterfüllung als sogenannte Naturalrestitution erscheinen"[34]. Andere Vertreter der Differenztheorie[35] beschränken diese Ausnahmen ihrer Theorie nicht auf § 325 Abs. 1 Satz 1. Nach ihnen soll "sowohl der Schadensersatzanspruch aus § 325 BGB wie der aus § 326 BGB" nicht mehr stets, sondern nur noch "in der Regel nicht auf Herstellung nach § 249 Satz 1 BGB" gehen[36].

Diese Ansicht ist zwar insoweit noch immer unzutreffend, als "in der Regel" Geld als Schadensersatz geschuldet werden soll, obwohl der Schuldner nach § 249 Satz 1 grundsätzlich Sachersatz zu leisten hat, sie macht aber deutlich, daß in den Fällen der §§ 325 Abs. 1 Satz 1, 326 Abs. 1 Satz 2, 326 Abs. 2, der Anspruch auf Schadensersatz sowohl auf Sach- als auch auf Geldersatz gerichtet sein kann. Wenn dieser Anspruch aber sowohl in der Leistung von Sachersatz als auch in Geldersatz bestehen kann, so ist in allen Fällen in denen er auf Sachersatz gerichtet ist, die Differenztheorie nicht durchführbar. Das gilt auch, wenn die Differenztheorie nach der sog. "abgeschwächten Differenztheorie" nur noch dann angewandt wird, wenn

---

33) Kipp, S. 255; Pieper, S. 413 ff.

34) Kipp, S. 255.

35) BGH LM, § 325 Nr. 3; BGB-RGRK-Ballhaus, § 325, Rdnr. 14; Palandt-Heinrichs, Vorbem. v. § 249, Anm. 2g; vgl. auch HGB-RGRK-Würdinger-Röhricht, 3. Aufl. Vorbem. § 373 HGB, Anm. 351.

36) BGB-RGRK-Ballhaus, § 325, Rdnr. 14. In den dort als w.N. angeführten Urteilen des RG wird aber davon ausgegangen, daß stets Schadensersatz in Geld zu leisten sei.

wenn der Gläubiger seine Gegenleistung noch nicht bewirkt hat und bei ihm auch kein Interesse besteht, das noch zu tun. Wird in diesen Fällen Sachherstellung als Schadensersatz geschuldet, ist eine Anwendung der Differenztheorie nicht möglich. Daß die Differenztheorie aber der "Natur des Anspruchs auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung aus dem gegenseitigen Vertrage" entsprechen soll, wenn sie sich auf einen Teil seiner Fälle nicht anwenden läßt, ist nicht haltbar.

d) Die Ermittlung der Höhe des Schadensersatzanspruchs nach der Differenztheorie

Soweit im Zusammenhang mit der Begründung der Differenztheorie aus der Natur des Schadensersatzanspruchs wegen Nichterfüllung Ausführungen zu der Ermittlung der Höhe des nach dieser Theorie bestehenden Anspruchs auf "Schadensersatz wegen Nichterfüllung des ganzen Vertrages" gemacht werden, wird angenommen, "der Schaden" sei "nicht für sich zu ermitteln"[37]. Es bemesse sich vielmehr "nach der Verschlechterung, welche die wirtschaftliche Stellung des Berechtigten durch das Unterbleiben des Vertragsvollzugs erfahren" habe[38]. Dabei bestehe "der Ersatz des Schadens äußerlich betrachtet, in dem Unterschied zwischen dem Vermögensstand des vertragstreuen Teils bei der Unterstellung der Vertragserfüllung und seinem Vermögensstand infolge der beiderseitigen Nichterfüllung[39].

---

37) RGZ 152, 113 ff. (112).

38) Esser, SchR I, § 28 III, S. 80.

39) HGB-RGRK-Würdinger-Röhricht, 3. Aufl. vor § 373 HGB, Anm. 51. Vgl. auch RGZ 149, 135 ff. (136) wonach gem. der Differenztheorie eine Geldforderung des Gläubigers bestehe falls die "Gesamtvermögenslage infolge der Nichterfüllung ... im Vergleich zu der Lage, in der sie sich bei ordnungsgemäßer Erfüllung befunden hätte, eine Verschlechterung erfahren" habe. Ebenso: RGZ 127, 245 ff. (248); RGZ 91, 30 ff. (30 f.); Erman -Battes, § 325, Rdnr. 12.

Diese Methode der Schadensbestimmung hält einer Prüfung nicht stand. Sie setzt zu Unrecht voraus, daß der Schadensersatz wegen Nichterfüllung stets in einem Vermögensschaden[40] besteht und ist schon von ihrem Ansatz her zur Ermittlung eines Nichtvermögensschadens ungeeignet. Beim Schadensersatz wegen Nichterfüllung braucht es sich aber nicht um einen Vermögensschaden zu handeln. Dies ist z. B. bei einem Körperschaden infolge eines ärztlichen Fehlers nicht der Fall. In solchen Fällen scheiden sowohl diese Methode der Schadenserkenntnis als auch die Differenztheorie von vornherein aus.
Aber auch soweit es sich bei dem zu ersetzenden Schaden um einen Vermögensschaden handelt, erfordert diese Meinung Kritik. Mit ihr wird indem zur Erkenntnis des Schadens auf eine "Verschlechterung" "zwischen dem Vermögensstand" "bei Unterstellung der Vertragserfüllung" und einem "Vermögensstand infolge der beiderseitigen Nichterfüllung" abgestellt wird, die Differenztheorie mit der sog. "Gesamtvermögensdifferenzlehre"[41] vermengt[42].

---

40) Ein Vermögensschaden ist ein Schaden in einem Vermögensgegenstand oder in mehreren in besonderer Weise miteinander verknüpften Vermögensgegenständen. Ein Nichtvermögensschaden ist ein Schaden, der kein Vermögensschaden ist. E. Wolf, SchR I § 4 G II b, S. 180 ff.

41) Die "Gesamtvermögensdifferenzlehre" wird auch "Differenzhypothese" oder "Differenzmethode" (vgl. Brox SchR I, S. 171) sowie "Differenztheorie" genannt. (Vgl. Erman -Sirp, § 249, Rdnr. 8). Vgl. auch BGHZ, 27, (183); 40, (347) und Larenz SchR I § 29 I a, S. 384 m.w.N.

42) Vgl. E. Wolf, SchR I, § 9 FV b, S. 476, Fn. 121. Ders. grundsätzlich zur "Gesamtvermögensdifferenzlehre": SchR I, § 4 G II 2 f, S. 220 ff. sowie Festschrift für Schiedermair, S. 564 ff.

Die "Gesamtvermögensdifferenzlehre" ist eine allgemein zum Vermögensschaden vertretene Lehre. Nach ihr besteht "ein Vermögensschaden, wenn der jetzige tatsächliche Wert des Vermögens des Geschädigten geringer" ist, "als der Wert, den das Vermögen ohne das die Ersatzpflicht begründende Ereignis jetzt haben würde"[43]. Die "Gesamtvermögensdifferenzlehre" stellt damit bei der Feststellung der Schadenshöhe auf das "Gesamtvermögen" des Geschädigten anstatt allein auf die durch das schädigende Ereignis begründeten Nachteile ab. Sie ist folglich ebenso wie die Lehre vom "Vertrag als ganzem" bzw. einer "Einheit des Schuldverhältnisses" eine Ganzheitslehre.

Daß sie auch ebenso unzutreffend ist wie diese, ergibt sich bereits aus ihrem methodischen Ansatz. Diese Lehre will nämlich auch bei der Feststellung, ob ein Schaden in nur einem einzelnen Vermögensgegenstand vorliegt, das gesamte Vermögen des Geschädigten berücksichtigen. Sie bezieht damit Teile des Vermögens in die Schadensfeststellung mit ein, die von dem schädigenden Ereignis überhaupt nicht betroffen sind[44]. Zudem wäre ein Schaden in einem "Gesamtvermögen" nur dadurch feststellbar, daß für einen bestimmten Zeitpunkt je eine Bilanz des realen "Gesamtvermögens" und des hypothetischen "Gesamtvermögens", wie es ohne das schädigende Ereignis bestehen würde, erstellt und dann die "Differenz" zwischen diesen beiden "Gesamtvermögen" ermittelt würde[45]. Eine solche Bilanz wäre mit einer genauen nach wirtschaftlichen Grundsätzen erfolgenden Analyse und Bewertung jeder Bilanzgröße aufzustellen, was niemals geschieht[46]. Die Ermittlung

---

43) Palandt-Heinrichs, Vorbem. v. § 249, Anm. 2a.
44) Vgl. E. Wolf, SchR I, § 4 G II 2 f, S. 221.
45) Vgl. E. Wolf, Festschrift für Schiedermair, S. 565.
46) Vgl. E. Wolf, SchR I, § 4 G II 2 f, S. 221.

der "Gesamtvermögensdifferenz" wird damit zur notwendig willkürlichen Pauschalentscheidung und die darauf gerichtete Lehre zur Scheinlehre[47]. Daneben ist die Bildung einer "Gesamtvermögensdifferenz" auch schon deshalb verfehlt, weil durch die doppelte Hinzufügung der von dem Schaden nicht betroffenen Vermögensteile einmal bei dem "jetzigen tatsächlichen Wert des Vermögens" und zum anderen bei dem "Wert, den das Vermögen ohne das die Ersatzpflicht begründende Ereignis jetzt haben würde", diese sich gegenseitig aufheben[48]. Die Ganzheitslehre von der "Gesamtvermögensdifferenz" ist damit unhaltbar.

Indem die schon auf der unzutreffenden Vorstellung einer "Einheit des Schuldverhältnisses" beruhende Differenztheorie noch mit der "Gesamtvermögensdifferenzlehre" verknüpft wird, beruht sie auf einer Kombination unrichtiger Ganzheitslehren[49].

e) Die Begründung der Differenztheorie aus der Natur des Anspruchs auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung ohne die Annahme einer "Auflösung", "Umwandlung" bzw. "Konzentration" des Schuldverhältnisses

Zur Begründung der Differenztheorie aus der Natur des Anspruchs auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung besteht schließlich noch eine Sondermeinung[50]. Diese lehnt die von der Differenztheorie angenommene "Umwandlung", bzw. "Auflösung" oder "Konzentration" des Schuldverhältnisses ab. Danach sei zwar die "Formulierung zu billigen, wonach

---

47) Vgl. E. Wolf, Festschrift für Schiedermair, S. 565.

48) Vgl. E. Wolf, SchR I, § 4 G II 2 f, S. 221.

49) Vgl. E. Wolf, SchR I, § 9 FV b 3 bb, S. 478.

50) v. Staudinger-Kaduk, Vorbem. § 323, Bem. 65 f. Vgl. auch Wildhagen, 27. Dtsch. Juristentag, IV Bd. S. 144 ff. und Rosenthal-Bohnenberg, Anh. § 326 II 1.

das Wesen des Schadensersatzanspruchs wegen Nichterfüllung darin" bestehe, "daß an die Stelle der ursprünglichen Vertragspflichten beider Teile eine einseitige reine Geldforderung des Ersatzberechtigten" trete. "Nur" folge "dieses Wesen des Schadensersatzanspruchs wegen Nichterfüllung nicht aus der Annahme, daß der Vertrag selbst als Folge der Geltendmachung einer Schadensersatzforderung aufgelöst werde, sondern aus den allgemeinen Grundsätzen der Schadensersatzlehre, insbesondere der Lehre von der Vorteilsausgleichung"[51]. Danach könne "der Ersatzberechtigte einen Anspruch auf Befreiung von seiner eigenen Verbindlichkeit als Faktor seines Schadensersatzanspruchs geltend machen"[52]. Bewirke dann aber der Gläubiger "die ihm ursprünglich obliegende Gegenleistung nicht, so "müsse" er sich nach den Grundsätzen der Vorteilsausgleichung von seiner Schadensersatzforderung abziehen lassen, was er durch die Unterlassung der eigenen Gegenleistung erspart" habe. Der Anspruch des Gläubigers auf Schadensersatz mindere sich dann "ipso jure" um "den Betrag der ersparten Gegenleistung"[53].

Auch die zur Begründung der Differenztheorie bestehende Sondermeinung hält einer Prüfung nicht stand. Ihr ist nur insoweit zu folgen, als die von der Differenztheorie angenommene "Auflösung" des gegenseitigen Schuldverhältnisses von dieser Meinung ausdrücklich abgelehnt wird. Dagegen ist die Annahme der Sondermeinung, die Differenztheorie selbst sei zutreffend, sie müsse nur anders begründet werden, nicht haltbar. Die abgelehnte "Auflösung" des gegenseitigen Schuldverhältnisses ist keineswegs nur eine Begründung der Differenztheorie sondern diese selbst[54]. Die Vorstellung, daß bei einem An-

---

51) v. Staudinger-Kaduk, Vorbem. § 323, Bem. 66.
52) v. Staudinger-Kaduk, Vorbem. § 323, Bem. 65.
53) v. Staudinger-Kaduk, Vorbem. § 323, Bem. 65.
54) Vgl. E. Wolf, SchR I, § 9 FV b 3 bb, S. 476, Fn. 121.

spruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung nach §§ 325 Abs. 1 Satz 1, 326 Abs. 1 Satz 2, 326 Abs. 2 das gegenseitige Schuldverhältnis sich in einem "einseitigen Anspruch" auf Schadensersatz "auflöse", ist ein Merkmal der Differenztheorie. Es kann damit nicht abgelehnt werden, ohne daß gleichzeitig die ganze Differenztheorie aufgegeben würde[55].

Aber auch soweit von der Sondermeinung die anderen Merkmale der Differenztheorie "aus den allgemeinen Grundsätzen der Schadensersatzlehre, insbesondere der Lehre von der Vorteilsausgleichung" begründet werden, ist dies nicht haltbar. Die Sondermeinung beruht dabei auf zwei Voraussetzungen. Sie folgert einmal die Befreiung des Gläubigers von seiner Pflicht zur Gegenleistung daraus, daß diese als ein "Faktor seines Schadensersatzanspruchs" entfallen soll. Zusätzlich soll dann der Wert der danach nicht mehr geschuldeten Gegenleistung als "Vorteil" dem Gläubiger angerechnet und von der Höhe seines Schadensersatzanspruchs abgezogen werden.

Bereits die erste dieser Voraussetzungen liegt aber schon nicht vor. Daß der Gläubiger als Schadensersatz die Befreiung von seiner Verbindlichkeit verlangen kann, setzt nach dem oben[56] entwickelten Begriff des Anspruchs auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung voraus, daß die Gegenpflicht des Gläubigers ein bei ihm durch das schädigende Ereignis begründeter Nachteil ist. Nur wenn das zutrifft, kann der durch Schadensersatz zu leistende Ausgleich des Nachteils in der Aufhebung der Gegenpflicht des Gläubigers bestehen. Ein solcher Begründungszusammen-

---

55) Widersprüchlich ist, wenn der BGH einerseits die "abgeschwächte Differenztheorie nach v. Staudinger" - also einem Vertreter der Sondermeinung, die eine "Auflösung" des Schuldverhältnisses ablehnt - vertreten will (BGHZ 20, 338 ff., 343) und andererseits meint, bei einem Schadensersatzanspruch nach § 326 sei "das Vertragsverhältnis ... aufgelöst". (BGH NJW, 58, 1915).

56) S. 18 f.

hang liegt aber niemals vor. Die Pflicht des Gläubigers zur Gegenleistung wird im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses durch einverständliche rechtsgeschäftliche Erklärungen von Gläubiger und Schuldner begründet. Das schließt jeden Zusammenhang mit dem erst nachträglich entstehenden schädigenden Ereignis aus. Da die Pflicht des Gläubigers zur Gegenleistung im Zeitpunkt des Schadenseintritts und der Schadensersatzberechtigung schon begründet ist, kann sie kein durch das schädigende Ereignis begründeter Nachteil sein. Der Schadensersatzanspruch des Gläubigers und seine Pflicht zur Gegenleistung werden voneinander folglich nicht berührt. Das wird von den Vertretern der Sondermeinung zur Differenztheorie verkannt.

Die damit zu Unrecht angenommene Befreiung des Gläubigers von seiner Gegenpflicht ist aber notwendige Voraussetzung für die zweite darauf gegründete Annahme der Sondermeinung. Der Gläubiger kann sich nur dann den Wert seiner Gegenleistung als "Vorteil" von der Höhe seiner Schadensersatzforderung abziehen lassen, wenn er von der Pflicht zur Gegenleistung frei wird. Mit der Verfehltheit der ersten Voraussetzung entfällt damit bereits die gesamte Sondermeinung.

Die Sondermeinung ist aber auch insoweit unzutreffend, als sie sich auf die "Grundsätze der Vorteilsausgleichung" beruft. Sie knüpft damit an eine Lehre an, die in ihren Einzelheiten völlig zerstritten ist[57]. Die alleinige Gemeinsamkeit aller Vertreter der Lehre von der "Vorteilsausgleichung" besteht dabei in der Annahme, daß "ein schadenstiftendes Ereignis dem Geschädigten auch Vorteile bringen[58] könne und ein Schaden dann ebenso wie eine Schadensersatzpflicht hinsichtlich dieser Vorteile nicht

---

57) Vgl. zu der Lehre von der "Vorteilsausgleichung" E. Wolf, SchR I, § 4 G 3 gg, S. 243 ff. Vgl. auch die Darstellung bei Lange, Herrmann, S. 649 ff.

58) Lange, Herrmann, S. 649.

existiere. - Das aber ist irrig. Es wird dabei verkannt, daß ein Vorteil nur dann durch das schädigende Ereignis bedingt sein kann, wenn eine weitere Bedingung vorliegt, die der Grund des Vorteils ist. Der Vorteil ist dann aber nicht in dem schädigenden Ereignis begründet und ein Grund für dessen "Ausgleichung" nicht vorhanden[59]. Die Prämisse der Lehre von der "Vorteilsausgleichung", daß dasselbe Ereignis zugleich der Grund eines Schadens und eines Vorteils sein kann, ist logisch nicht möglich, weil der Grund der Folge inhaltlich entspricht[60]. Die Lehre von der Vorteilsausgleichung bezieht damit bei der Feststellung der durch das schädigende Ereignis begründeten Nachteile unzulässige Vorteile ein, die nicht durch das schädigende Ereignis bedingt sind. Die Lehre von der "Vorteilsausgleichung" ist damit eine Konsequenz der "Gesamtvermögensdifferenzlehre", die zur Ermittlung eines Vermögensschadens auch dann das Gesamtvermögen des Geschädigten berücksichtigen will, wenn von dem schädigenden Ereignis nur ein einzelner Vermögensgegenstand betroffen wurde[61]. Mit der "Gesamtvermögensdifferenzlehre" entfällt daher auch eine "Vorteilsausgleichung"[62].

Die Sondermeinung zur Differenztheorie "aus den allgemeinen Grundsätzen der Schadensersatzlehre, insbesondere der Lehre von der Vorteilsausgleichung" ist damit gescheitert. Eine Begründung der Differenztheorie ist mit ihr nicht möglich.

---

59) Vgl. E. Wolf, SchR I, § 4 G 3 gg, S. 246.
60) Vgl. E. Wolf, SchR I, § 4 G 3 gg, S. 246.
61) Vgl. S.37 ff dieses Kapitels.
62) Vgl. E. Wolf, SchR I, § 4 G 3 gg, S. 246.

f) Die Vereinbarkeit der Differenztheorie mit den §§ 280, 286.

Nach §§ 280, 286 kann ebenfalls Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangt werden. Dabei steht der Pflicht, für deren Nichterfüllung Schadensersatz zu leisten ist, entweder keine Leistungspflicht des anderen Vertragsteils oder keine im Gegenseitigkeitszusammenhang stehende Pflicht des anderen Vertragsteils gegenüber. Das schließt - wie auch von den Vertretern der Differenztheorie anerkannt wird - eine Anwendung der Differenztheorie für diese Fälle aus. Gegenstand einer Schadensersatzpflicht nach §§ 280, 286 soll aber auch nach den Vertretern der Differenztheorie Schadensersatz wegen Nichterfüllung sein, hier ohne die Einbeziehung der Gegenleistung. Nach der Differenztheorie bedeutet der Begriff Schadensersatz wegen Nichterfüllung also einmal Schadensersatz wegen Nichterfüllung mit Einbeziehung der Gegenleistung ein anderes Mal Schadensersatz wegen Nichterfüllung ohne die Einbeziehung der Gegenleistung. Derselbe Begriff soll danach je danach in welcher Bestimmung des BGB er genannt wird, einen unterschiedlichen Inhalt haben[63]. Das ist dogmatisch unmöglich[64]. Andernfalls würde eine logisch geschlossene widerspruchsfreie Ordnung unveränderlicher Begriffe und Gesetze verneint. Diese in der wissenschaftlichen Terminologie als System bezeichnete Ordnung aber ist ein elementares Erfordernis der Rechtswissenschaft wie jeder anderen Wissenschaft[65].

---

63) Vgl. Pieper, S. 409, nach dem "das Gesetz in zahlreichen Fällen einen Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung" gewähre und es "Rechtsprechung und Literatur überlassen" sei, "den Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung für die einzelnen Fälle zu konkretisieren".

64) Vgl. schon Kisch, Schadensersatz, S. 97.

65) Hierzu und zum Folgenden: E. Wolf, SchR I, Vorwort VF und § 1 AVI, S. 13 ff.; ders. Allg.T., Vorwort X.

Das durch die Wissenschaft erfolgende methodische Erkennen eines Gegenstandes geschieht durch Denken von Begriffen die als wissenschaftliche Begriffe genau definiert und insgesamt widerspruchsfrei sein müssen. Der Verzicht darauf ist zugleich ein Verzicht auf Objektivität und Wahrheit. Er hat willkürliche Fallentscheidungen als Folge faktischer Machtpositionen zur Konsequenz. Deren vermeintliche "Rechtmäßigkeit" ist mangels allgemeingültiger Begriffe nicht überprüfbar und damit willkürlich. Da die Differenztheorie dennoch denselben Begriff mit unterschiedlichem und damit widersprüchlichem Inhalt behauptet, ist sie mit der widerspruchsfreien Ordnung unveränderlicher Begriffe nicht zu vereinbaren.

III. Die Begründung der Differenztheorie aus dem Wesen eines gegenseitigen Schuldverhältnisses

Neben der "Natur des Anspruchs auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung" soll für die Gesetzmäßigkeit der Differenztheorie "das Wesen des gegenseitigen Vertrages ins Gewicht fallen"[1]. Dabei wird bei der Begründung der Differenztheorie entweder auf den Gegenseitigkeitszusammenhang eines gegenseitigen Schuldverhältnisses, oder auf einen "Zweck des gegenseitigen Vertrages" oder auf eine "Interessenlage des gegenseitigen Vertrages" abgestellt.

---

1) v. Staudinger-Kaduk, Vorbem. § 323, Bem. 64. Ebenso: BGH-RGRK-Ballhaus, § 326, Rdnr. 13; Esser-Schmidt, SchR I, § 28 III, S. 81; Leser, S. 129 ff; Gernhuber, S. 89; van den Daele, S. 88 ff.; Schöller, Gruch. Bd. 44, S. 611 f.; ders. Gruch. Bd. 45, S. 520 f.; Siber , § 44 I, S. 196; Planck, § 325 Anm. 1a, S. 379; Staffel, S. 468.

a) Der Gegenseitigkeitszusammenhang eines gegenseitigen Schuldverhältnisses

Die Vertreter der Differenztheorie, die diese Theorie mit dem Gegenseitigkeitszusammenhang eines gegenseitigen Schuldverhältnisses begründen[2], führen dazu aus, "wenn die Leistung des einen Teils infolge eines von ihm zu vertretenden Umstandes" fortfalle, so könne "der andere Teil nicht verpflichtet sein, ... trotzdem seinerseits zu leisten"[3]. Mit dem Ausschluß des Anspruchs des Gläubigers auf Erfüllung sei "kraft rechtlicher Notwendigkeit"[4] auch der Gegenanspruch des Schuldners ausgeschlossen. Dies entspreche dem "engen Zusammenhang", in dem "bei einem gegenseitigen Vertrag die beiderseitigen Verpflichtungen" stünden[5].
Daß dem Gläubiger neben dem Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung "kraft rechtlicher Notwendigkeit" auch das Recht zustehen soll, seine eigene Leistung zu verweigern, wird von einem Vertreter der Differenztheorie[6] als Folge "der funktionellen Abhängigkeit von Leistung und Gegenleistung" bezeichnet. Dabei bedeute "funktionelle Abhängigkeit", daß die Leistungspflichten "in ihrer Erfüllung, wie in gewissen Fällen auch in ihrem Fortbestand gegenseitig bedingt" seien. Werde "die eine

---

2) Vgl. RGZ 50, 255 ff. (263 u. 266); BGHZ 20, 338 ff. (343 f.); BGB-RGRK-Ballhaus, § 325, Rdnr. 13; v. Staudinger-Kaduk, Vorbem. § 323, Bem. 64.

3) BGB-RGRK-Ballhaus, § 325, Rdnr. 13.

4) RGZ 50, 255 ff. (263). Vgl. auch HGB-RGRK-Würdinger-Röhricht, 3. Aufl., vor 373 HGB, Anm. 351.

5) BGHZ 20, 388 ff. (344).

6) v. Staudinger-Kaduk, Vorbem. § 323, Bem. 64. Diese lehnen zwar die von der Differenztheorie unterstellte "Auflösung" des gegenseitigen Vertragsverhältnisses ab, hinsichtlich der Meinung, die Gegenpflicht des Gläubigers entfalle gemäß dem Wesen des gegenseitigen Schuldverhältnisses besteht zu anderen Vertretern der Differenztheorie aber kein sachlicher Unterschied.

Verpflichtung nicht erfüllt, so" brauche "auch die andere nicht erfüllt zu werden". Obwohl die sog. "funktionelle Abhängigkeit" "zwar grundsätzlich", aber nicht ausnahmslos" bestehe, soll sie doch u.a. "gerade das Wesen des gegenseitigen Vertrages" ausmachen[7] und damit begrifflicher Inhalt eines gegenseitigen Schuldverhältnisses sein.

Daß mit der einen Leistungspflicht gemäß dem "Wesen des gegenseitigen Vertrages" auch die andere Leistungspflicht entfalle, folge auch aus § 323 Abs. 1[8]. In § 323 Abs. 1 sei diese Rechtsfolge "für den Fall zufälliger Unmöglichkeit ausdrücklich ausgesprochen". Daher lasse es "sich schlechterdings nicht annehmen, daß etwas anderes" gelte, "wenn die eine Leistung nicht durch Zufall, sondern durch einen von dem Leistungspflichtigen zu vertretenden Umstand unmöglich geworden"[9] sei. "Der Grundsatz des § 323 Abs. 1" sei "ganz allgemeiner Natur und" spreche "einfach die der modernen Rechtsanschauung entsprechende Folgerung aus dem Wesen des gegenseitigen Vertrages aus, daß die dauernde Befreiung des einen Teiles von der ihm obliegenden Leistungspflicht auch dem anderen Teile das Recht" gebe, "seine Leistung dauernd zu verweigen"[10].

Der Ansicht, die Differenztheorie folge aus dem für ein gegenseitiges Schuldverhältnis begrifflich notwendigen Gegenseitigkeitszusammenhang kann nicht zugestimmt werden. Diese Ansicht beruht auf einer unzutreffenden Auffassung vom Wesen des gegenseitigen Schuldverhältnisses. Der das Wesen eines gegenseitigen Schuldverhältnisses ausmachende Gegenseitigkeitszusammenhang besteht zwischen

---

7) v. Staudinger-Kaduk, Vorbem. § 320, Bem. 4 f.

8) Vgl. BGB-RGRK-Ballhaus, § 323, Rdnr. 13;
v. Staudinger-Kaduk, Vorbem. § 323, Bem. 65;
Schöller, Gruch., Bd. 44, S. 614 f.; Staffel, s. 469 f.

9) BGB-RGRK-Ballhaus, § 325, Rdnr. 13.

10) Schöller, Gruch., Bd. 44, S. 614 f.

der Begründetheit einer Pflicht und der Begründetheit der Gegenpflicht sowie zwischen der Begründetheit gegenseitiger Rechte und Ausschlußgründe[11]. Das so bestehende Verhältnis inhaltgleicher Abhängigkeit existiert nicht zwischen beiderseitigen Pflichten selbst. Es kann zwar zwischen diesen durch Ausübung der Einrede der Nichterfüllung (§§ 320-322) hergestellt werden. Das braucht aber nicht zu geschehen und gehört somit nicht zum Begriff des gegenseitigen Schuldverhältnisses.

Folge der damit bestehenden rechtlichen Selbständigkeit der Pflichten, Rechte und Ausschlußgründe eines gegenseitigen Schuldverhältnisses ist es, daß Störungen des Schuldverhältnisses allein das Recht, die Pflicht oder den Ausschlußgrund betreffen, in der oder in dem sie eintreten[12]. Nur darin verursachen sie bei Vorliegen eines Störungstatbestands eine Rechtswirkung. Die Störung berührt damit das mit dem gestörten Verhältnis im Gegenseitigkeitszusammenhang stehende Verhältnis nicht. Hiervon zu unterscheiden ist, daß bei Hinzutreten eines weiteren Tatbestandsmerkmals auch das mit dem gestörten Verhältnis im Gegenseitigkeitszusammenhang stehende andere Verhältnis betroffen werden kann. Dies geschieht z.B. durch die Ausübung der Einrede der Nichterfüllung oder der Geltendmachung für den Fall des § 323 bestimmten Rechte. Die Wirkung auf das andere Verhältnis tritt aber nur als Folge eines zusätzlichen Tatbestands ein[13]; ihr liegt damit eine ansonsten bestehende Unabhängigkeit der gegenseitigen Rechte, Pflichten und Ausschlußgründe zugrunde.

---

11) Vgl. E. Wolf, SchR I, § 1 C IVa, S. 38 ff.; vgl. auch ders. § 9 F VI b, S. 478 f.

12) Hierzu und zum Folgenden: E. Wolf, SchR I, § 9 F IV b, S. 478 f.

13) Vgl. auch Beuthin, S. 116.

Das alles gilt auch für einen nach §§ 325 Abs. 1 Satz 1, 326 Abs. 1 Satz 2, 326 Abs. 2 bestehenden Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung, da es sich dabei um denselben Gegenseitigkeitszusammenhang handelt. Der Anspruch tritt daher an die Stelle der Leistungspflicht, in deren Störung er tatbestandsmäßig begründet ist. Das folgt aus der rechtlichen Selbständigkeit der gegenseitigen Leistungspflichten. Die mit der gestörten Leistungspflicht des Schuldners im Gegenseitigkeitszusammenhang stehende Gegenleistungspflicht des Gläubigers wird davon nicht betroffen. Sie bleibt folglich unverändert bestehen[14].

Mit diesen begrifflichen und sachlichen Grundlagen ist die gegenteilige Auffassung nicht zu vereinbaren, wonach der Fortfall der einen Pflicht den Fortfall der Gegenpflicht bewirke bzw. mit dem Ausschluß des Anspruchs des Gläubigers auf Erfüllung auch der Gegenanspruch des Schuldners ausgeschlossen sei. Dieser Ansicht liegt zugrunde, daß mit der Pflicht des Schuldners notwendig die dazu im Gegenseitigkeitszusammenhang stehende Pflicht des Gläubigers erlösche. Dies bedeutet eine gegenseitige Abhängigkeit von Leistungs- und Gegenleistungspflicht, die zwischen den Pflichten selbst besteht, nicht nur zwischen der Begründetheit beider Pflichten. Die Abhängigkeit müßte dabei in einer gegenseitigen Bedingtheit bestehen. Eine solche Annahme ist aber mit den §§ 320 Abs. 1, 322 Abs. 1 unvereinbar. Danach muß die Einrede des § 320 Abs. 1 ausdrücklich erhoben werden, um eine Verurteilung Zug um Zug zu bewirken. Daraus folgt, daß ohne die erhobene Einrede eine im Gegenseitigkeitszusammenhang stehende Leistungspflicht auch dann geltend ge-

---

14) Vgl. E. Wolf, SchR I, § 9 F IV b, S. 476 u. 478. Ebenso: Oertmann, § 325 Anm. 1 b, S. 283; ders. Vorbem. zu §§ 320-327, Anm. 2 b, S. 261; Kleineidam, S. 144 f.; v. Mayr, S. 183; Kisch, Schadensersatz, S. 68 ff. (74 ff.); Schäfer, S. 6 ff; Titze, S. 105.

macht werden kann, wenn die gegenüberstehende Leistung nicht bewirkt wird. Folglich existieren die in einem Gegenseitigkeitszusammenhang stehenden Leistungspflichten rechtlich unabhängig voneinander und es bedarf gerade der Erhebung der Einrede nach den §§ 320 Abs. 1, 322 Abs. 1 um eine rechtliche Verknüpfung zwischen den Leistungspflichten herzustellen[15].

Das wird mit der Annahme, bei gegenseitigen Leistungspflichten bestehe eine Abhängigkeit zwischen diesen selbst, verkannt. Bestünde zwischen gegenseitigen Leistungspflichten auch ohne Ausübung der Einrede der Nichterfüllung eine Abhängigkeit, so wären die §§ 320 Abs. 1, 322 Abs. 1 ohne Sinn. Durch die Erhebung der Einrede würde dann etwas miteinander verknüpft, was schon verbunden sein soll. Das ist logisch nicht möglich[16]. Daß bei einem gegenseitigen Schuldverhältnis nicht eine Abhängigkeit zwischen den Leistungspflichten selbst dessen begrifflicher Inhalt sein kann, folgt aus den §§ 320 Abs. 1, 322 Abs. 1 auch deshalb, weil die Einrede nicht zu bestehen (Vorleistungspflicht) und, wenn sie besteht, nicht ausgeübt zu werden braucht. Da die Nichtausübung der Einrede aber die Art des Schuldverhältnisses unberührt läßt, liegt auch in diesem Fall ein gegenseitiges Schuldverhältnis vor. Trifft das aber zu, so ist die erst durch die Erhebung der Einrede hergestellte Abhängigkeit zwischen den gegenseitigen Leistungspflichten selbst nicht Merkmal eines gegenseitigen Schuldverhältnisses[17]. Die

---

15) Vgl. E. Wolf, SchR I, § 1 C IVa, S. 39 u. 41.

16) Ebenso: Gernhuber, S. 65, a.A. Larenz, SchR I, § 15 I, S. 168 f.; Esser-Schmidt, SchR I, § 11 III, S. 169 ff.

17) Vgl. E. Wolf, SchR I, § 1 C IVa, S. 39.

grundsätzliche Selbständigkeit der im Gegenseitigkeitszusammenhang stehenden Pflichten ist somit von den §§ 320 Abs. 1, 322 Abs. 2 vorausgesetzt.

Die Behauptung, die Differenztheorie folge aus dem Wesen des gegenseitigen Schuldverhältnisses ist aus all diesen Gründen unrichtig. Da infolge der auch bei einem gegenseitigen Schuldverhältnis bestehenden rechtlichen Selbständigkeit von Pflicht und Gegenpflicht die Gegenpflicht des Gläubigers von der in der Pflicht des Schuldners eingetretenen Leistungsstörung nicht betroffen wird, bleibt sie unverändert bestehen. Das Recht des Gläubigers, Schadensersatz wegen Nichterfüllung nach einem der Tatbestände der §§ 325, 326 zu verlangen, läßt folglich seine Pflicht, die Gegenleistung zu bewirken, unberührt. Der Gläubiger kann mit seiner Gegenleistung aufrechnen, wenn eine entsprechende Berechtigung vorliegt. Eine mit der Differenztheorie angenommene "Abrechnung" ist - ebenso wie der behauptete Fortfall der von der Störung nicht betroffenen Gegenleistungspflicht des Gläubigers - nicht möglich.

An diesen begrifflichen und sachlichen Grundlagen kann auch eine zugunsten der Differenztheorie in Widerspruch zu den gesetzlichen Bestimmungen behauptete "rechtliche Notwendigkeit" nichts ändern. Diese kann vielmehr nach Belieben sowohl für als auch gegen die Differenztheorie behauptet werden. Der Hinweis auf vermeintliche "rechtliche Notwendigkeiten" kann weder eine fehlende Begründung ersetzen noch an der bestehenden Rechtslage etwas ändern. Die Annahme, der Ausschluß der Gegenpflicht des Gläubigers folge aus "dem engen Zusammenhang" gegenseitiger Leistungspflichten, ist nach dem Dargelegten falsch. Mit dem Wort "eng" wird der Gegenseitigkeitszusammenhang eines gegenseitigen Schuldverhältnisses weder erklärt

noch wird damit ein Grund dafür genannt, daß die Gegenpflicht des Gläubigers im Sinne der Differenztheorie entfallen müßte.
Schließlich ist auch die Meinung, die Rechtsfolge des § 323 Abs. 1 sei bei gegenseitigen Schuldverhältnissen "ganz allgemeiner Natur" und trete auch bei einem Anspruch auf Schadensersatz nach §§ 325 Abs. 1 Satz 1, 326 Abs. 1 Satz 2, 326 Abs. 2 ein, mit der gesetzlichen Rechtslage nicht zu vereinbaren. Danach tritt die im Falle des § 323 Abs. 1 bestehende Befreiung des Gläubigers von seiner Gegenpflicht nicht notwendig für jeden weiteren Fall der Nichtleistung des Schuldners ein. In anderen Fällen als in denen des § 323 Abs. 1 erfolgt sie vielmehr nur dann, wenn ein Tatbestand mit dieser Rechtswirkung existiert. Nach § 325 Abs. 1 Satz 3 ist das dann der Fall, wenn der Gläubiger die Rechte des § 323 Abs. 1 geltend macht. Diese Möglichkeit hat er nur statt des Rechts auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung. Eine Kombination beider Rechte ist also ausdrücklich ausgeschlossen[18]. Fordert der Gläubiger Schadensersatz, so tritt dieser Anspruch des Gläubigers im Synallagma an die Stelle der ursprünglichen Anspruchs auf Erfüllung. Das zwischen dem Gläubiger und dem Schuldner existierende Gegenseitigkeitsverhältnis besteht damit fort. Eine zusätzliche Befreiung des Gläubigers von seiner Pflicht zur Gegenleistung wäre mit dem Synallagma nicht zu vereinbaren.

Das folgt auch aus § 323 selbst. Nach § 323 Abs. 2 bleibt der Gläubiger nämlich weiterhin zu seiner Gegenleistung verpflichtet, wenn er anstelle der unmöglich gewordenen Leistung des Schuldners ein Surrogat von diesem fordert[19].

---

18) Vgl. oben: B I, S. 2 of. u. die dort Genannten.

19) Vgl. schon Kisch, Schadensersatz, S. 78 f. und v. Mayr, S. 182.

Wenn in den §§ 325, 326 entsprechendes für den Fall gilt, daß an die Stelle des Anspruchs auf die nicht bewirkte Leistung ein Anspruch auf Schadensersatz tritt, so liegt damit dem Gesetz eine einheitliche Auffassung vom Wesen eines gegenseitigen Schuldverhältnisses zugrunde, mit der die Differenztheorie nicht zu vereinbaren ist.

Wenn dennoch mit der Differenztheorie fälschlich eine Verbundenheit von Leistungs- und Gegenleistungspflicht angenommen wird, wenn vertreten wird, das Erlöschen der einen Pflicht bewirke das Erlöschen der anderen Pflicht, so liegt damit auch der Begründung der Differenztheorie aus dem Wesen eines gegenseitigen Schuldverhältnisses die Auffassung einer Einheit von Schuldverhältnis und schuldrechtlichen Pflichten und Rechten zugrunde. Daß diese Einheit nicht existiert, wurde bereits ausgeführt[20]. Das dazu Gesagte gilt auch hier. Die Differenztheorie erweist sich damit erneut als Folge unzutreffender Ganzheitslehren[21].

b) Der "Zweck des gegenseitigen Vertrages"

Daß bei einem gegenseitigen Schuldverhältnis der Gläubiger immer dann von seiner Pflicht zur Gegenleistung befreit sein soll, wenn die Leistungspflicht des Schuldners erloschen ist, wird auch unter Berufung auf den "Zweck eines gegenseitigen Vertrages" vertreten[22]. Danach bestehe die "grundsätzliche Selbständigkeit der beiderseitigen Verpflichtungen nur solange, wie der Austauschzweck

---

20) Vgl. B II, S. 24 ff.

21) Vgl. B II, S. 27 u. S.38.

22) Planck, § 325, Anm. 1a, S. 379; Schöller, Gruch., Bd. 45, S. 520; Siber , S. 196; Staffel, S. 468.

also nur, solange die beiderseitigen Leistungen möglich" seien[23]. Denn "nicht der Wertaustausch, sondern der Güteraustausch" sei "vom wirtschaftlichen Standpunkt aus betrachtet der Zweck des gegenseitigen Vertrages"[24]. Nicht dagegen bilde "der Austausch einer Schadensersatzleistung gegen die Gegenleistung ... den Vertragszweck"[25]. "Mit dieser wirtschaftlichen Bedeutung des gegenseitigen Vertrages" dürfe dessen "juristische Konstruktion nicht in Widerspruch treten"[26]. Folglich widerspreche die Austauschtheorie dem "Austauschzweck des gegenseitigen Vertrages"[27] während es sich bei der Differenztheorie um eine "dem Parteiwillen entsprechende Auffassung des gegenseitigen Vertrages"[28] handele.

Dieser Meinung kann nicht gefolgt werden. Die in ihr enthaltene Annahme, es gebe einen "Zweck des gegenseitigen Vertrages" der ein "Austauschzweck" sei und das Wesen eines gegenseitigen Schuldverhältnisses bezeichne[29], ist nicht haltbar. Mit ihr wird, ebenso wie mit den darin enthaltenen weiteren Annahmen eines "Zwecks des Vertrages" und eines "Zwecks des Rechts" der Begriff Zweck verkannt.

---

23) Planck, § 325 Anm. 1a, S. 379.

24) Schöller, Gruch., Bd. 45, S. 520.

25) Planck, § 325 Anm. 1a, S. 379.

26) Schöller, Gruch., Bd. 45, S. 520.

27) Siber , S. 196.

28) Staffel, S. 468.

29) Vgl. Gernhuber, S. 57, nach dem das Synallagma eine "vertragsimmanente Zweckstruktur zumindest zweier final aufeinander bezogener primärer Leistungspflichten" ist. Dabei sei "der Finalnexus ... von den Vertragsparteien in ihren Willenserklärungen konstituiert und vom Gesetz zu normativer Gestalt geformt" worden. Vgl. dazu auch: van den Daele, S. 15 ff. m.w.N.

Ein Zweck ist der Teilinhalt eines - in jeder Handlung notwendig enthaltenen - Handlungsentschlusses, mit der gewählten Tätigkeit einen bestimmten Erfolg zu bewirken oder herbeizuführen[30]. Ein Zweck ist danach der mit einer Handlung als Tätigkeitsziel gewählte Erfolg. Er ist damit notwendig ein Handlungszweck[31]. Bereits dies läßt die Möglichkeit eines "Zwecks des gegenseitigen Vertrages", eines "Zwecks des Vertrages" und eines "Zwecks des Rechts" entfallen. Zwar ist jede Antrags- und Annahmeerklärung einer vertragsschließenden Partei eine Handlung, mit der diese Partei einen Zweck verfolgt. Der Zweck der einen Partei ist aber nicht der Zweck der anderen. Die Zwecke beider werden nicht Vertragsinhalt und haben somit keine rechtliche Bedeutung. Einen "Zweck des Rechts" gibt es nicht, weil das Recht keine Handlung ist[32]. Ein Zweck ist durch den bloßen Entschluß des ihn mit der Handlung verfolgenden aufhebbar. Ein rechtliches Verhältnis aber ist nicht durch einen bloßen Entschluß aufhebbar. Da Zweckhaftigkeit begriffliches Merkmal einer Handlung ist, kann sie nicht Merkmal der Rechtmäßigkeit einer Handlung sein. Aus diesem Grund kann sie aber auch nicht Merkmal des Begriffs Vertrag sein. Darauf, ob zwischen den damit begründeten Leistungspflichten ein Gegenseitigkeitszusammenhang besteht, kommt es insoweit nicht an. Weiter ist jeder Zweck notwendig subjektiv, da er Teil der Handlung ist. Das schließt einen davon losgelösten "objektiven Zweck" eines Vertrages aus[33].

---

30) E. Wolf, Allg. T., § 8 E III a, S. 213. Vgl. ders. Allg. T., § 1 C II, S. 53 f., ders. Festgabe für Herrfahrdt, S. 202 f. Zum Begriff der Handlung vgl. auch E. Wolf, Allg. T., § 4 A, S. 158 ff. u. ders. AcP 170, 181 ff.

31) E. Wolf, Allg. T., § 4 A, S. 162.

32) Vgl. E. Wolf, Allg. T., § 1 C II, S. 54; § 8 E III a 311 ff." § 9 A II a 3, 325 f.

33) Das wird mit der Annahme eines "normativen Zwecks" verkannt. So aber: Gernhuber, S. 57; van den Daele, S. 15 ff.

Einen "objektiven Zweck" kann es damit weder als "Austauschzweck" noch als sonstigen Zweck geben[34]. Zweck der Abgabe einer rechtsgeschäftlichen Erklärung ist es regelmäßig, damit das Eintreten der dem Erklärungsinhalt entsprechenden Rechtswirkung zu bewirken. Das ist auch der Zweck einer vertraglichen Erklärung[35]. Dieser Zweck wird nicht Geschäftsinhalt und damit nicht Vertragsinhalt. Er existiert nur im geistigen Inhalt der Entschließungstätigkeit eines jeden Erklärenden. Die Vertragswirkung ist damit kein Zweck sondern der Erfolg der einverständlichen Erklärungen[36]. Auch kann ein Vertragsschliessender mit seiner Erklärung außer dem Zweck, die Vertragswirkung zu bewirken, einen oder mehrere weitere Zwecke verfolgen. Dies ist z.B. bei der Absicht einen Gewinn zu erzielen der Fall oder dann, wenn jemand das Eigentumsrecht an einem Gegenstand erlangen will, um damit in einer bestimmten Weise zu verfahren[37]. Da jeder Vertragsschließende regelmäßig einen oder mehrere weitere Zwecke verfolgt und diese bei jedem der Vertragsschließenden verschieden sind, kann es auch aus diesem Grund keinen gemeinsamen "Vertragszweck" geben.
Wenn dennoch behauptet wird, aus dem "Austauschzweck" des gegenseitigen Vertrages folge im Sinne der Differenztheorie, daß die Gegenleistungspflicht des Gläubigers nicht mehr bestehe, werden damit die Bindung an den Vertragsinhalt und die Vertragswirkung zugunsten eines vermeintlichen überindividuellen "Zwecks" aufgegeben[38]. Da der angebliche "Austauschzweck" ebensowenig existiert wie irgendein anderer "Zweck des Rechts", hat die daraus behauptete "Rechtsfolge" mit dem Wesen eines gegenseitigen Schuldverhältnisses nichts zu tun.

---

34) Vgl. E. Wolf, Allg. T., § 8 E III, S. 312.
35) E. Wolf, Allg. T., § 8 E III, S. 312.
36) E. Wolf, Allg. T., § 8 E III, S. 312.
37) Vgl. E. Wolf, Allg. T., § 8 E III, S. 312.
38) Vgl. E. Wolf, Allg. T., § 8 E III, S. 312.

Außerhalb des Rechts steht es schließlich, wenn neben der irrigen Annahme eines "Zwecks des gegenseitigen Vertrages" die Ansicht vertreten wird, mit der im Sinne der Differenztheorie verstandenen "wirtschaftlichen Bedeutung des gegenseitigen Vertrages" dürfe dessen "juristische Konstruktion nicht in Widerspruch treten"[39]. Damit wird behauptet, daß bei der Rechtsfindung "juristisch konstruiert" werde, um zu einem bestimmten vorher feststehenden "wirtschaftlichen" Ergebnis zu gelangen. Für dieses "Ergebnis" gibt es dabei keinen objektiven Grund was durch das Leerwort[40] "wirtschaftliche Bedeutung" verdeckt wird. Mit der Forderung, "juristisch auf ein bestimmtes Ergebnis im Sinne der Differenztheorie hin zu "konstruieren", wird daher die Rechtserkenntnis verneint.

c) Die "Interessenlage des gegenseitigen Vertrages"

Auf das Wesen des gegenseitigen Schuldverhältnisses berufen sich schließlich auch solche Vertreter der Differenztheorie, die grundsätzlich die Unvereinbarkeit dieser Theorie mit dem Gesetz anerkennen[41].

---

39) Diese Forderung beruht auf der Lehre der Freirechtsbewegung. Vgl. dazu u. zu deren Widerlegung: E. Wolf, Allg. T., § 1 B I b 2, S. 4 f.

40) Zu dem Ausdruck Leerwort: E. Wolf, Allg. T., § 1 A VI S. 14; ders. SchR I, § 5 D II, S. 293. Ein Leerwort ist im Unterschied zu einem Begriff nicht definierbar. Mit einem Leerwort kann nichts bezeichnet, nichts erkannt und nichts begründet werden. (E. Wolf, SchR I, § 5 D II, S. 293).

41) Van den Daele, S. 84 ff. (88 ff.); M. Wolf, S. 58 ff.

Trotz der insoweit von vornherein eingeräumten Gesetzwidrigkeit der Differenztheorie soll es bei deren "Begründung" darum gehen, diese "verständlich zu machen"[42].

Von dieser im neueren Schrifttum bestehenden Meinung wird das "Wesen" bzw. der "Sinn des gegenseitigen Vertrages" mit einer"Interessenlage des gegenseitigen Vertrages" gleichgesetzt[43]. Danach habe der Gläubiger wenn die Gegenleistung "infolge einer Leistungsstörung hinfällig" werde, ein "Interesse ... nun auch von seiner eigenen, zwecklos gewordenen Gegenleistungspflicht befreit zu werden". Dieses Interesse des Gläubigers an dem Fortfall seiner Gegenpflicht wird als "synallagmatisches Interesse" bezeichnet. Es soll "aus dem Vertrag geschützt" sein. Demgegenüber sei "ein Interesse des Schuldners, Schadensersatz nur im Austausch mit der Gegenleistung des Gläubigers leisten zu müssen unbeachtlich". Der Schuldner habe "nicht nur seine vertragliche Leistung, sondern den ganzen ursprünglichen Austauschzweck vereitelt", das müsse "er gegen sich gelten lassen". Dabei sei die nach den §§ 325, 326 bestehende Rücktrittsberechtigung des Gläubigers nicht ausreichend. Durch diese Bestimmungen sei eine "Alternative von Schadensersatzinteresse und synallagmatischem" - d.h. einem auf Befreiung von der Gegenleistung gerichteten - "Interesse" aufgebaut. Diese sei "vertragswidrig". Der Gläubiger habe bereits "nach allgemeinen Grundsätzen des Vertragsrechts einen Anspruch auf Ersatz des Schadens, der ihm aus der vom Schuldner zu vertretenden Leistungsstörung erwachsen" sei (vgl. §§ 280, 286 II)". "Dieses Schadensersatzinteresse" stehe

---

42) M. Wolf, S. 59.

43) So van den Daele, S. 84 ff. (88 ff.); M. Wolf, S. 58 ff. Von einer "Interessenlage" bezüglich der Differenztheorie gehen auch aus: Erman-Battes, § 325, Rdn. 14; Soergel-Reimer-Schmidt, § 326 Anm. 33; Brox, SchR I, S. 143.

bei einem gegenseitigen Vertragsverhältnis "gleichwertig und unabhängig neben dem synallagmatischen Interesse des Gläubigers von seiner causa-los gewordenen Leistungspflicht freizukommen"[44]. Deshalb verbinde die Differenztheorie "systemgerecht Synallagma und Schadensersatz wegen Nichterfüllung"[45].

Auch diese zum Wesen eines gegenseitigen Schuldverhältnisses vertretene Ansicht ist abzulehnen. Trotz der von dieser Meinung selbst eingeräumten Gesetzwidrigkeit wird durch sie der Anschein erweckt, als sei die Differenztheorie mit ihr juristisch zu begründen. Das ist nicht der Fall.

Mit der Annahme, die Differenztheorie folge aus einer "Interessenlage des gegenseitigen Vertrages", wird aus einer "Interessen- und Güterabwägung" auf das Bestehen bzw. den Inhalt eines rechtlichen Verhältnisses geschlossen[46]. Eine solche "Methode" ist aber bereits grundsätzlich unzulässig. Zu einem rechtlichen Verhältnis gehört nicht, daß der Inhaber an dessen Existieren oder an einem dessen Inhalt entsprechenden Verhalten interessiert ist[47]. Das Bestehen eines Interesses ist folglich auch kein Merkmal des Begriffs rechtliches Verhältnis. Dann aber ist es auch nicht möglich, von einer "Interessenabwägung" auf Recht zu schließen. Da Interessen in großer

---

44) Van den Daele, S. 89 f.

45) Esser-Schmidt, SchR I, § 28 III, S. 81. Vgl. auch Gernhuber, S. 89 und Leser, S. 130 Fn. 83.

46) Diese Ansicht geht auf die Lehre v. Iherings zurück, ein subjektives Recht sei ein geschütztes Interesse; vgl. v. Ihering, Geist des römischen Rechts, 3. Teil, 1. Abt., 3. Aufl. 1877, § 60 (328) und § 61 (338). Der führende Vertreter der Interessenjurisprudenz ist Heck, Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz, 1932, sowie ders., Das Problem der Rechtsgewinnung, 2. Aufl. 1932. Vgl. auch BGHZ 35, 368. Zur Darstellung und Widerlegung dieser Lehre: E. Wolf, Allg. T., § 1 C II e, S. 56 ff.

47) Hierzu und zum Folgenden: E. Wolf, Allg. T., § 1 C II e, S. 57 ff.

Zahl und mit regelmäßig entgegengesetztem Inhalt bestehen, ist die Auswahl der Interessen, zu deren Gunsten die "Abwägung" ausfällt, notwendig subjektiv und damit willkürlich. Mit der objektiv nicht begründbaren Behauptung, ein bestimmtes Ergebnis werde von der "Interessenlage" gefordert, kann jede Entscheidung von der Person für "Recht" erklärt werden, die die Möglichkeit besitzt, die von ihr gutgeheißenen "Interessen" als vermeintlich objektives Ergebnis einer "Interessenwertung" durchzusetzen. Die Abwägung von "Interessen" ist damit keine "Methode" der Erkenntnis rechtlicher Verhältnisse, sondern willkürliche Ausübung der Richtermacht. Die Lehre von der "Interessenabwägung" verneint durch ihre notwendige Subjektivität jede systematische Ordnung der Rechtsbegriffe und logische Gesetzesanwendung Da die verfassungsmäßige Gebundenheit des Richters an das Gesetz nur eine Gebundenheit an dessen begrifflichen Inhalt sein kann, ist eine "Interessenabwägung" zugleich eine Ablehnung jeder Gebundenheit an das Gesetz[48]. Die Lehre von der "Interessenabwägung" ist damit unhaltbar.

Mit der "Methode der Interessenabwägung" entfällt auch die Möglichkeit, aus der "Interessenlage des gegenseitigen Vertrages" auf einen Fortfall der Leistungspflicht des Gläubigers zu schließen. Der Hinweis, ein entsprechendes Interesse des Gläubigers sei "aus dem Vertrag geschützt" geht fehl. Aus dem Wesen eines gegenseitigen Schuldverhältnisses folgt gerade, daß der Gläubiger dann weiter zu seiner Gegenleistung verpflichtet bleibt, wenn er Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordert. Die Willkürlichkeit gegenteiliger "Interessenabwägungen" wird deutlich an der freien Behauptung, ein "Interesse des Schuldners" sei unbeachtlich. Mit Recht und Gesetz hat dies nichts mehr zu tun.

---

48) Vgl. E. Wolf, Allg. Teil, § 1 C II e, S. 59.

Unhaltbar wird diese Meinung, indem sie mit der unzulässigen Methode einer "Interessenabwägung" noch die unzutreffende Auffassung verknüpft, es existiere ein "Zweck des gegenseitigen Vertrages". Dies geschieht durch die Annahme, die Gegenleistung des Gläubigers sei "zwecklos geworden", denn der Schuldner habe "den ganzen ursprünglichen Austauschzweck vereitelt". Diese Meinung ist damit zusätzlich aus den hiergegen angeführten Gründen verfehlt. Weiter wird dabei verkannt, daß ein Schuldner nur seine Leistungspflicht erfüllen oder auch nicht erfüllen kann. Daß er es nicht vermag, einen "Vertrag als ganzen" zu erfüllen oder nicht zu erfüllen, gilt auch dann, wenn die Formel "Vertrag als ganzes" durch die Formel "ganzer Austauschzweck" ersetzt wird. Die Verfehltheit ist in beiden Fällen die gleiche.

Die genannte Meinung geht auch fehl, wenn versucht wird, die von der Differenztheorie bewirkte Kombination der Rechtsfolgen von Schadensersatz und Rücktritt damit zu rechtfertigen, daß dem Gläubiger ein Anspruch auf Schadensersatz "schon nach den allgemeinen Grundsätzen des Vertragsrechts (§§ 280, 286 II)" zustehe. Damit ist gemeint, daß ein Anspruch auf Schadensersatz aus einem gegenseitigen Schuldverhältnis sinnvollerweise einen über das Recht auf Schadensersatz hinausgehenden Inhalt haben müsse. Das soll dann im Sinne der Differenztheorie die Befreiung des Gläubigers von seiner Pflicht zur Gegenleistung sein[49]. Das ist deshalb unrichtig, weil zwischen einem Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung nach §§ 280, 286 Abs. 2 und einem Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung nach §§ 325, 326 begrifflich kein Unterschied besteht. In beiden Fällen ist der dem Gläubiger durch die

---

49) Vgl. auch Heck, § 43 Anm. 9, S. 133, sowie Schöller, Gruch., Bd. 44, S. 640 und Kipp, S. 259.

Nichterfüllung des Schuldners entstandene Schaden auszugleichen. Dieser Schaden besteht hier wie dort nicht in der Pflicht zur Gegenleistung. Der Ausgleich des Schadens kann daher weder bei den §§ 280, 286 Abs. 2 noch bei den §§ 325, 326 in der Aufhebung der Pflicht zur Gegenleistung bestehen. Ob die Pflicht des Gläubigers zur Gegenleistung dabei zu der Leistungspflicht des Schuldners in einem Gegenseitigkeitsverhältnis steht, ist insoweit ohne Bedeutung[50]. Mit dem Wesen eines gegenseitigen Schuldverhältnisses hat die fälschlich angenommene Rechtsfolge, der Gläubiger eines Anspruchs auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung nach §§ 325 Abs. 1 Satz 2, 326 Abs. 1 Satz 2, 326 Abs. 2 sei von der Pflicht zur Gegenleistung befreit, daher nichts zu tun.

IV Die Berufung auf ausländische Rechtsordnungen

Die mit der Differenztheorie der Sache nach vollzogene Kombination des Schadensersatz- und Rücktrittsrechts wird teilweise im Schrifttum mit dem Hinweis auf ausländische Rechtsordnungen zu rechtfertigen versucht[1].
"Daß eine solche Lösung, die das BGB" verwehre, "gute Gründe für sich" habe, werde "auch dadurch erhärtet, daß sie in zahlreichen anderen Rechtsordnungen, so im österreichischen Recht, im skandinavischen Kaufrecht und in den romanischen Rechten" gelte[2]. Dem entspricht die Auffassung, durch die Differenztheorie sei "die deutsche Regelung des Schadensersatz wegen Nichterfüllung weitgehend der der anderen europäischen Rechtsordnungen angeglichen worden". Diesen sei "die Verbindung von Vertragsauflösung

---

50) Vgl. Wolf, SchR I, § 9 FV b 3 bb, S. 476.

1) Larenz, SchR I, § 22 II, S. 276; van den Daele, S. 93 u. 87; Stoll, S. 154 ff.

2) Larenz, SchR I, § 22 II, S. 276.

und Schadensersatz wegen Nichterfüllung durchaus geläufig"[3].

Dieser Ansicht ist entgegenzuhalten, daß die nach einer ausländischen Regelung bestehende Gesetzesvorschrift für das Erkennen der nach dem BGB bestehenden Rechtslage unerheblich ist. Weder besitzen ausländische Regelungen insoweit Geltung, noch ist mit der nach dem Grundgesetz bestehenden Bindung der Rechtsprechung und damit auch der Rechtslehre an Gesetz und Recht die Anwendung einer ausländischen Regelung zu vereinbaren. Ausländische Rechtsordnungen vermögen daher nicht vermeintlich "gute Gründe" für die Differenztheorie zu "erhärten". Die Berufung auf solche Rechtsordnungen im Zusammenhang mit der Differenztheorie dient folglich nur dem Versuch, die fehlende gesetzliche Grundlage dieser Theorie zu bemänteln. Eine "Angleichung" an die "anderen europäischen Rechtsordnungen", denen "die Verbindung von Vertragsauflösung und Schadensersatz wegen Nichterfüllung durchaus geläufig" sei[4], durch Rechtsprechung und Rechtslehre ist nicht zulässig. Es handelt sich vielmehr um ein rechtspolitisches Argument, das verfehlt ist, da es an der bestehenden gesetzlichen Regelung nichts ändern kann[5]. Dies erkennt auch der BGH an, wenn er feststellt, daß "rechtspolitische Erwägungen ... den Richter nicht von seiner Verpflichtung" befreien, "das geltende Recht anzuwenden"[6].

---

3) van den Daele, S. 93.

4) Vgl. auch Kisch, Schadensersatz, S. 108 ff. der ebenfalls den Hinweis auf ausländische Rechtsordnungen für unzulässig hält und darüberhinaus Unterschiede zu den zitierten ausländischen Rechtsordnungen aufzeigt.

5) Vgl. E. Wolf, SchR I, § 9 FV b 3 bb, S. 477.

6) BGHZ 50, 45 ff. (51).

V. Die Berufung auf ein "praktisches Bedürfnis"

Neben dem Wortlaut der §§ 325 Abs. 1, 326 Abs. 1, dem Wesen des Anspruchs auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung, dem Wesen eines gegenseitigen Schuldverhältnisses und dem Hinweis auf ausländische Regelungen wird für die Differenztheorie angeführt, man müsse "dem Druck der praktischen Bedürfnisse nachgeben, die in der Judikatur in der fühlbarsten Weise nach der Anerkennung des Differenzanspruchs" rängen[1].

So sei "an der Differenztheorie namentlich der Großhandel interessiert, dessen Anschauungen es" widerspreche, "den Gläubiger an der ihm obliegenden Leistung festzuhalten"[2]. "Diese Bindung an die Ware" ... werde "als unnützer Formalismus empfunden, wenn es "feststehe, daß dem Schuldner "Wille oder Fähigkeit zur Abnahme und Bezahlung" mangelten[3]. Es sei "der Nachteil der Surrogationstheorie, daß der Gläubiger in Gefahr" gerate "'zuzuzahlen', wenn er die eigene Leistung noch erbringen" müsse, "obwohl der Schuldner weder zur Leistung noch zum Schadensersatz in der Lage" sei[4]. Im übrigen habe die

---

1) Kipp, S. 289. Ebenfalls ein "praktisches Bedürfnis" zugunsten der Differenztheorie nehmen an: Larenz, SchR I, § 22 II, S. 277; Esser-Schmidt, SchR I, § 28 II, S. 80; v. Staudinger-Kaduk, Vorbem. § 323, Bem. 63 und 68; Soergel-Reimer-Schmidt, § 326, Bem. 33; Rother, § 325, S. 206; Leser, S. 125; Schmitz, S. 297; Siber , § 44 III 30, S. 195 Fn. 7; Hedemann, § 20 III c, S. 108; Adler, S. 41 ff.; RGZ 149, 135 ff (136).

2) Hedemann, § 20 III c, S. 108. Vgl. zu diesem Hinweis auch Enneccerus-Lehmann, § 48 IV, S. 230; v. Staudinger-Kaduk, Vorbem. § 323, Bem. 68 und Strohal, 27. Dtscher Juristentag, Protokolle, Bd. IV, S. 131.

3) Adler, S. 41.

4) Rother, S. 106.

nach der Austauschtheorie bestehende "Trennung von Schadensersatz und Synallagma niemals Eingang in das Rechtsbewußtsein des geschäftlichen Verkehrs gefunden"[5]. Auch widerspreche die Austauschtheorie "dem Interesse des Verkehrs" an schneller Abwicklung und" führe "zur Prozeßverteuerung, weil die Kosten nicht nach der Differenz, sondern nach den vollen ursprünglichen Schuldbeträgen zu berechnen" seien[6].

Obwohl es die Differenztheorie "praktischen Erwägungen" verdanken soll, daß sie "herrschend" geworden"[7] sei, bestehen bei ihren Vertretern sehr verschiedene Auffassungen über das Ausmaß, in dem die Differenztheorie einem "praktischen Bedürfnis" entsprechen soll. So entspricht die Differenztheorie nach dem Reichsgericht "allein den Bedürfnissen des Verkehrs"[8]. Nach anderen Vertretern der Differenztheorie soll sie nur noch "in den meisten Fällen einem praktischen Bedürfnis Rechnung" tragen[9]. In den anderen Fällen seien die "praktischen Folgen" auch "bei der reinen Differenztheorie recht unerfreulich"[10].

Den Ansichten, die Differenztheorie entspreche "allein" oder "in den meisten Fällen" einem "praktischen Bedürfnis" kann nicht gefolgt werden. Sie enthalten - ebenso wie die Ansichten, die bei der Differenztheorie auf ausländische Rechtsordnungen hinweisen - nur rechtspolitische Argumente, die die bestehende Rechtslage unberührt lassen.

---

5) Van den Daele, S. 90, Fn. 32. Vgl. auch Stoll, S. 154.

6) Siber, § 44 III, S. 195, Fn. 7.

7) Adler, S. 41. Vgl. auch Schmitz, S. 297; Larenz SchR I, § 22 II, S. 277; v. Staudinger-Kaduk, Vorbem. § 323, Bem. 68.

8) RGZ 149, 135 ff. (136). Vgl. auch RGZ 50, 255 ff. (266) wonach wenn die Austauschtheorie zuträfe, "alles andere geschaffen wäre, nur keine klaren Verhältnisse".

9) Schmitz, S. 297. Ebenso: Larenz,SchR I, § 22 II, S. 277; Leonhard, § 250, S. 485; Enneccerus-Lehmann, § 48 IV, S. 230; Adler, S. 31.

10) Leonhard, § 250, S. 485.

Darüberhinaus sind die rechtspolitischen Argumente aber auch unzutreffend. Denn das für die Differenztheorie behauptete "praktische Bedürfnis" existiert weder stets, noch "in einigen Fällen", sondern in Wahrheit nie[11]. So ist der vermeintliche "Nachteil der Surrogationstheorie, daß der Gläubiger in Gefahr" gerate "'zuzuzahlen', wenn er die eigene Leistung noch erbringen" müsse, "obwohl der Schuldner weder zur Leistung noch zum Schadensersatz in der Lage" sei, für den Gläubiger einfach zu vermeiden. Er braucht in einem solchen Fall anstatt Schadensersatz zu verlangen, nur entweder die Rechte aus § 323 geltend zu machen oder den Rücktritt zu erklären. Er gerät dann nicht "in Gefahr zuzuzahlen". Entscheidet der Gläubiger sich in anderen Fällen, in denen der Schuldner zum Schadensersatz in der Lage ist, für dieses Recht, so ist die dann fortbestehende Pflicht des Gläubigers zu seiner Gegenleistung weder ein "unnützer Formalismus", noch ein "Nachteil der Austauschtheorie". Das dem Gläubiger trotzdem eine Kombination der Rechtsfolgen von Schadensersatz und Rücktritt angenehm sein kann, ist ebensowenig ein "praktisches Bedürfnis" wie der Umstand, daß "namentlich der Großhandel" an der Differenztheorie "interessiert" sei. Würde entgegen dem Gesetz über den Umweg eines vermeintlichen "praktischen Bedürfnisses" das Interesse des Großhandels oder anderer Personengruppen für "Recht" erklärt, so wäre "Recht" das Interesse solcher Gruppen, die über die Macht verfügen, ihre Interessen durchzusetzen. Durch eine solche "Methode" könnte alles für "Recht" erklärt werden.
Entsprechendes gilt, wenn anstelle des immerhin offenen Bekenntnisses, es sei bei der Differenztheorie letzlich um die Interessen des Großhandels gegangen, die anonyme

---

11) Vgl. E. Wolf, SchR I, § 9 FV b, S. 477.

Formel vom vermeintlichen "Interesse des Verkehrs" oder vom "Rechtsbewußtsein des geschäftlichen Verkehrs" genannt wird. Auch die weitere Behauptung, die Austauschtheorie führe "zur Prozeßverteuerung, weil die Kosten nicht nach der Differenz sondern nach den vollen ursprünglichen Schuldbeträgen zu berechnen" seien, vermag nicht zu überzeugen. Bei diesem Einwand wird verkannt, daß die Festsetzung der Kosten eines Rechtsstreits sich nach der Rechtslage, nicht aber diese sich nach den Kosten richtet.

Die Meinung, die Differenztheorie entspreche einem "praktischen Bedürfnis", ist darüberhinaus noch mit einem weiteren Umstand nicht zu vereinbaren. Nach der Differenztheorie müßten die Werte von Leistung und Gegenleistung miteinander verrechnet werden. Das setzt die genaue Ermittlung der Höhe dieser Werte voraus. Deren exakte ziffernmäßige Feststellung und die entsprechende Beweisführung ist aber äußerst schwierig[12]. Wenn dennoch die Differenztheorie einem "praktischen Bedürfnis" entsprechen soll, so ist das gänzlich unhaltbar.

---

12) Vgl. v. Staudinger-Kaduk, Vorbem. § 325, Bem. 48, vgl. auch Kisch, Schadensersatz, S. 105 und Schäfer, S. 46.

C. Die sog. "abgeschwächte Differenztheorie"

I. Vorbemerkung

Die pragmatische Verfehltheit der Differenztheorie wird heute für einen Teil der Fälle von allen Vertretern der Differenztheorie anerkannt. Es handelt sich dabei um die Fälle, in denen der Gläubiger entweder ein Interesse hat, seine Leistung zu bewirken, oder in denen er dies bereits getan hat. Nach der sog. "abgeschwächten Differenztheorie" wird dann die Differenztheorie nicht durchgeführt und stattdessen die Austauschtheorie angewandt. Hat der Gläubiger seine Leistung noch nicht bewirkt, soll er dabei zwischen der Anwendung der Differenztheorie und der Anwendung der Austauschtheorie "wählen" dürfen. (Sog. "Wahlrecht" des Gläubigers) Damit soll nach der sog. "abgeschwächten Differenztheorie" die Austauschtheorie in den Fällen gelten, in denen die pragmatische Verfehltheit der Differenztheorie auch von ihren eigenen Vertretern erkannt wird[1].

Obwohl der Inhalt der sog. "abgeschwächten Differenztheorie" darin besteht, in einem Teil der Fälle die Differenztheorie und in einem anderen Teil der Fälle die Austauschtheorie anzuwenden, werden verschiedene Versuche unternommen, die sog. "abgeschwächte Differenztheorie" als eigenständige Theorie zu begründen, die mit dem Gesetz zu vereinbaren sei.

---

1) Vgl. E. Wolf, SchR I, § 9 FV b 3 bb, S. 479. Vgl. auch oben S. 65 ff. und Strohal, Verhandlungen des 27. Dtschen Juristentages, 1904, Bd. IV, S. 124. Nach Strohal würde, "wenn in § 325 der Anspruch auf Schadensersatz nur als Differenzanspruch gegeben wäre ... dies zu ganz ungesunden und verkehrten Resultaten führen".

II. Die Begründung der sog. "abgeschwächten Differenztheorie" aus dem Begriff des Schadenersatzes wegen Nichterfüllung

a) Die Begründung des vermeintlichen "Wahlrechts" des Gläubigers zwischen der Anwendung der Differenztheorie und der Anwendung der Austauschtheorie, wenn er seine Gegenleistung noch nicht bewirkt hat

Nach einer älteren Ansicht zur Differenztheorie[2] wird versucht, das Existieren eines Anspruchs auf Schadensersatz sowohl im Sinne der Differenztheorie als auch im Sinne der Austauschtheorie mit den §§ 325, 326 einerseits und den §§ 280, 286, Abs. 2 andererseits zu erklären. Nach den §§ 280, 286 Abs. 2 bestehe stets ein Anspruch gemäß der Austauschtheorie und nach den §§ 325, 326 stets ein Anspruch gemäß der Differenztheorie. Zwischen beiden Ansprüchen soll der Gläubiger wählen können. Denn nach den §§ 280, 286 Abs. 2 handele es sich um die Rechte, "die ganz abgesehen von den besonderen Bestimmungen über den gegenseitigen Vertrag, jeder Gläubiger seinem Schuldner gegenüber bei schuldhafter Nichtleistung" besitze[3]; also auch dann, wenn es sich um ein gegenseitiges Schuldverhältnis handele. Demgegenüber sollen die §§ 325, 326 "wahlweise neben das Recht des Gläubigers" auf Schadensersatz nach den §§ 280, 286 Abs. 2 "einen Differenzanspruch des Gläubigers" stellen[4].
Andere[5] wollen das "Wahlrecht" des Gläubigers damit begründen, daß bei den §§ 325, 326 gemäß der Differenztheo-

---

2) Schöller, Gruch., Bd. 44, S. 640; Kipp, S. 259.

3) Schöller, Gruch., Bd. 44, S. 640.

4) Kipp, S. 259.

5) Vgl. RGZ 96, 20 ff. (22); BGHZ 20, 338 ff. (343); v. Staudinger-Kaduk, Vorbem. § 323, Bem. 65; BGB-RGRK-Ballhaus, § 325, Rdnr. 15; Planck, § 325, Anm. 1a, S. 379; Siber, § 44 III, 3a, S. 196; Rosenthal-Bohnenberg, Anh. § 326 II 1a, Bem. 962.

rie zwar seine Pflicht zur Gegenleistung entfallen sei, dagegen "sein Recht, seine Leistung zu erbringen"[6], noch fortbestehe. Denn "die allgemeinen Grundsätze über Schadensersatzleistung" ergäben "keineswegs, daß die Ausgleichung nur durch eine Leistung des Ersatzpflichtigen geschehen könne und nicht auch durch Austausch einer vom Ersatzpflichtigen geschuldeten Leistung gegen eine von dem Berechtigten freiwillig anzubietende, aber nicht geschuldete Gegenleistung"[7]. Obwohl dieser Ansicht zufolge der Gläubiger zu seiner Gegenleistung nur noch berechtigt, aber nicht mehr verpflichtet sein soll, wird vertreten[8], der ersatzpflichtige Schuldner habe einen "Ausgleichsanspruch" "auf die vertragliche Gegenleistung des Gläubigers", falls er vollen Schadensersatz geleistet habe", "ohne ... dafür die Gegenleistung" zu empfangen[9]. Dennoch soll die sog. "abgeschächte Differenztheorie" "bloße Anwendung der Differenztheorie" sein. Denn "deren wesentlicher Gehalt" bestehe darin, "daß nur der Gläubiger und nicht auch der Schuldner noch etwas zu fordern" habe[10]. Das Wort Differenz sei "nicht ausschließlich in dem engen Sinne einer bloßen Gelddifferenz" zu verstehen sondern beinhalte auch einen "Ausgleich zwischen Vermögenslagen"[11]. Der Unterschied zur Austauschtheorie bestehe dabei darin, daß diese Theorie die Annahme vermeide, "der Schuldner" behalte "auch einen Anspruch auf die Gegenleistung"[12]. Der Meinung, die "abgeschwächte Diffe-

---

6) Rosenthal-Bohnenberg, Anh. § 326 II 1a, Bem. 962.

7) RGZ 96, 20 ff. (22).

8) Planck, § 325 Anm. 1a, S. 381; van den Daele, S. 116 f.

9) van den Daele, S. 116 f.

10) Siber, § 44 II, 3a, S. 196, Fn. 8.

11) Planck, § 325, Anm. 1a, S. 379. Vgl. neuerdings auch Leser, S. 128 ff.

12) Planck, § 325, Anm. 1a, S. 379.

renztheorie" sei "bloße Anwendung der Differenztheorie", entspricht es schließlich, wenn bei der "Wahlmöglichkeit" des Gläubigers "ein Vorrang des Differenzanspruchs vor dem Anspruch aus das Leistungsinteresse" bestehen soll weil "der Schuldner als primären Schadensersatz die Differenz" schulde[13].

Diesen Ansichten kann nicht zugestimmt werden. Sie haben sämtlich zum Inhalt, die teilweise Anwendung der Differenztheorie mit der teilweisen Anwendung der Austauschtheorie zu verbinden. Das ist deshalb juristisch von vornherein nicht möglich, weil die Anwendung der Differenztheorie auch in nur noch einem Teil der Fälle deren Rechtmäßigkeit voraussetzt. Diese ist aber nicht gegeben[14]. Mit der Verfehltheit der Differenztheorie entfällt damit zugleich deren als "abgeschwächte Differenztheorie" bezeichnete Anwendung in nur einem Teil der Fälle[15].

Darüberhinaus sind die zur Begründung des vermeintlichen "Wahlrechts" des Gläubigers bestehenden Ansichten auch aus anderen Gründen nicht haltbar.
Die ältere Meinung, die einen Anspruch nach der Austauschtheorie aus §§ 280, 286 Abs. 2 und einen "wahlweise" dazu bestehenden Anspruch auf die Differenz" aus §§ 325, 326 ableitet, übersieht, daß nicht gleichzeitig ein Anspruch des Gläubigers sowohl aus §§ 280, 286 Abs. 2 als auch daneben aus §§ 325, 326 besteht. Der Gläubiger hat bei einer gestörten gegenseitigen Leistungspflicht vielmehr allein einen Anspruch nach §§ 325, 326 und bei einer

---

13) van den Daele, S. 107; ebenso: Palandt-Heinrichs, § 325, Anm. 35, nach denen "in der Regel" Schadensersatz nach der Differenztheorie zu leisten sein soll. Vgl. auch Erman-Battes, § 325.

14) Vgl. Teil B dieser Arbeit.

15) Vgl. E. Wolf, SchR I, § 9 F b 3 bb, S. 489.

gestörten nichtgegenseitigen Leistungspflicht allein einen Anspruch nach §§ 280, 286 Abs. 2. Das ergibt sich unmittelbar aus dem BGB. Dort sind die Fälle gestörter gegenseitiger - und nichtgegenseitiger - Leistungspflichten gesondert geregelt. Zwischen den gesetzlichen Bestimmungen besteht dabei ein Verhältnis der Spezialität das schließt einen Anspruch sowohl aus §§ 280, 286 als auch aus §§ 325, 326 aus. Sodann ist diese Ansicht auch nicht mit der Einheit des Begriffs Schadensersatz wegen Nichterfüllung[16] zu vereinbaren. Aus dieser folgt vielmehr, daß der Begriff des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung in den §§ 280, 286 Abs. 2 sich von dem Begriff des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung in den §§ 325, 326 nicht unterscheidet. Schließlich enthält die genannte Meinung schon ihrem Inhalt nach keine Begründung des "Wahlrechts" so, wie es heute vertreten wird. Der Gläubiger soll namlich allein nach den §§ 325, 326 berechtigt sein, Schadensersatz entweder nach der Differenztheorie oder nach der Austauschtheorie zu "wählen". Ein neben dem "Differenzanspruch" bestehender Schadensersatzanspruch nach der Austauschtheorie gemäß §§ 280, 286 Abs. 2 wird nicht vertreten.

Wenn die Anspruchsgrundlage für das vermeintliche "Wahlrecht" des Gläubigers nur § 325 oder § 326 sein soll, so ist auch das nicht damit zu vereinbaren, daß in dem Gesetz mit dem Ausdruck Schadensersatz wegen Nichterfüllung unverkennbar ein einheitlicher Begriff bezeichnet wird. Denn nach der sog. "abgeschwächten Differenztheorie" soll der Begriff Schadensersatz wegen Nichterfüllung in ein und derselben Vorschrift einen unterschiedlichen Inhalt haben[17]. "Wählt" der Gläubiger Schadensersatz nach der

---

16) Vgl. dazu schon S. 44 ff.

17) Vgl. auch Kisch, Schadensersatz, S. 121; v. Mayr, S. 191 f. und Oertmann, SchR, § 325 Anm. 1b.

Austauschtheorie, soll der Inhalt des Anspruchs wegen Nichterfüllung in dem Ersatz jedes durch die Nichterfüllung entstandenen Nachteils bestehen. "Wählt" der Gläubiger dagegen Schadensersatz nach der Differenztheorie, so soll der Inhalt des Anspruchs auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung in der Wertdifferenz von Leistung und Gegenleistung bestehen. Welchen Inhalt der Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung im Einzelfall hat, soll danach vom Belieben des Gläubigers abhängen. Das ist nicht möglich und auch in den §§ 325, 326 nicht enthalten, wo von einem derartigen "Wahlrecht" des Gläubigers keine Rede ist. Es handelt sich folglich um einen offenen Verstoß gegen das Gesetz.

Die Gesetzwidrigkeit des behaupteten "Wahlrechts" wird auch von der Annahme nicht berührt, es sei gemäß der Differenztheorie nur die Pflicht des Gläubigers zur Gegenleistung erloschen, aber sein Recht zur Gegenleistung bestehen geblieben. Eine solche Berechtigung des Gläubigers setzt eine gesetzliche Grundlage voraus, die nicht genannt wird[18]. Es wird nur auf "die allgemeinen Grundsätze über Schadensersatzleistung" verwiesen. Eine weitere Erläuterung hinsichtlich des damit Gemeinten erfolgt aber nicht. Nach den "allgemeinen Grundsätzen über Schadensersatzleistung" hat der Schuldner gemäß §§ 325, 326 Ersatz jeden beim Gläubiger durch die Nichtleistung des Schuldners entstandenen Schadens zu leisten[19]. Das ist eine Pflicht des Schuldners, der ein inhaltlich entsprechendes Forderungsrecht des Gläubigers gegenübersteht. Mit einem vermeintlichen Recht des Gläubigers, seine Gegenleistung bewirken zu dürfen, besteht dabei kein Zu-

---

18) Vgl. van den Daele, S. 86: "Unterstellt man einmal, der Differenzanspruch sei in den §§ 325, 326 normiert, so fehlt doch eine gesetzliche Grundlage für das Recht des Gläubigers, statt der Differenz das volle Erfüllungsinteresse gegen seine eigene Leistung zu verlangen".

19) Vgl. oben S. 18 f.

sammenhang. Das vermeintliche Recht des Gläubigers ohne eine inhaltlich entsprechende Pflicht, die Gegenleistung zu bewirken, wird daher nur behauptet, aber nicht begründet. Dem entspricht es, daß die vermeintliche Berechtigung des Gläubigers ohne gleichzeitige Pflicht mit den §§ 325, 326 unvereinbar ist. Nach diesen Bestimmungen bleibt, wenn der Gläubiger Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordert, seine Pflicht zur Gegenleistung unverändert fortbestehen. Wird hiergegen schon mit der Anwendung der Differenztheorie verstoßen, so ist die zusätzliche Behauptung, es sei zwar die Pflicht des Gläubigers zur Gegenleistung, nicht aber sein Recht dazu erloschen, mit der gesetzlichen Rechtslage völlig unvereinbar[20]. Die juristische Unmöglichkeit dieses frei behaupteten Rechts wird auch daran deutlich, daß dem Schuldner ein "Ausgleichsanspruch" gegen den Gläubiger "auf die vertragliche Gegenleistung" zustehen soll, falls er Schadensersatz ohne deren Anrechnung geleistet habe. Obwohl die Gegenleistung des Gläubigers nach dieser Ansicht nicht geschuldet wird, soll der Schuldner darauf noch einen Anspruch haben. Das ist nicht möglich. Ein Forderungsrecht existiert nicht ohne inhaltlich entsprechende Schuld. Die Behauptung eines Anspruchs auf eine nicht geschuldete Leistung ist deshalb widersprüchlich. Es handelt sich dabei vielmehr um den Versuch, der Sache nach eine Pflicht des Gläubigers zu seiner Gegenleistung zugrundezulegen, wo rechtlich keine bestehen soll. Das geschieht, um nicht in offenen Widerspruch zu der Differenztheorie zu geraten und um zu verdecken, daß in den Fällen, in denen der Gläubiger seine Gegenleistung bewirkt und "vollen" Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordert, nach der sog. "abgeschwächten Differenztheorie" die Austauschtheorie angewandt wird.

---

20) Vgl. Adler, S. 38; Oertmann, SchR, § 325 Anm. 1b; Kisch, Schadensersatz, S. 121; v. Mayr, S. 191.

Um den Versuch, die teilweise Anwendung der Austauschtheorie zu verdecken, handelt es sich auch, wenn behauptet wird, in allen Fällen der sog. "abgeschwächten Differenztheorie" erfolge die "bloße Anwendung der Differenztheorie". Der hierfür genannte Grund, "nur der Gläubiger und nicht auch der Schuldner" habe "noch etwas zu fordern" ist allerdings mit der gesetzlichen Rechtslage nicht mehr nachzuvollziehen.

Ebenfalls nur ein Versuch, das Scheitern der Differenztheorie in den Fällen zu verdecken, in denen der Gläubiger Schadensersatz unter Bewirkung seiner Gegenleistung fordert, ist die Annahme, "das Wort Differenz sei "nicht ausschließlich in dem engen Sinne einer bloßen Gelddifferenz" zu verstehen. Wenn das Wort Differenz stattdessen "auch einen Ausgleich zwischen Vermögenslagen" beinhalten soll, so hat das mit dem wahren Inhalt der Differenztheorie, so wie er auch sonst vertreten wird, nichts mehr gemeinsam. Darüberhinaus wird mit einem "Ausgleich zwischen Vermögenslagen" das behauptete "Wahlrecht" des Gläubigers nicht erklärt. Schließlich wird dabei auch noch verkannt, daß durch Schadensersatz wegen Nichterfüllung[21] kein "Ausgleich zwischen Vermögenslagen" herbeizuführen ist, sondern der durch die Nichterfüllung begründete Schaden ersetzt werden muß. Mit den bei dem Gläubiger bestehenden (gesamten) "Vermögenslagen" hat das nichts zu tun[22].

Gegen das behauptete "Wahlrecht" des Gläubigers ist aber nicht nur einzuwenden, daß es keine gesetzliche Grundlage hat. Der Ausdruck "Wahlrecht" ist auch falsch und irreführend bezüglich des damit Gemeinten. Abgesehen von einigen Sonderstimmen[23], soll nämlich in Fällen, in denen

---

21) Zum Begriff Schadensersatz wegen Nichterfüllung vgl. S. 18 ff.

22) Zur "Gesamtvermögensdifferenzlehre" vgl. S.37 ff.

23) Vgl. S. 7.

der Gläubiger seine Leistung bereits erbracht hat, ein Recht des Gläubigers die Gegenleistung zurückzufordern, nicht bestehen. Hier soll es bei der erbrachten Leistung bleiben und für den Gläubiger in vollem Umfang ein Schadensersatzanspruch bestehen. Da in diesen Fällen also die Austauschtheorie gelten soll, besteht ein "Wahlrecht" hier nach den Vertretern der sog. "abgeschwächten Differenztheorie" gerade nicht. Das wird falsch dargestellt[24].

Schließlich ist es auch irreführend wenn vertreten wird, vom Schuldner werde "als primärer Schadensersatz die Differenz" geschuldet denn es bestehe ein "Vorrang des Differenzanspruchs vor dem Anspruch auf das Leistungsinteresse". Dies steht zu dem Inhalt der sog. "abgeschächten Differenztheorie" in offenem Widerspruch. Danach soll der Gläubiger sich solange er seine Gegenleistung noch nicht bewirkt hat, zwischen einem nach der Differenztheorie bestimmten und einem nach der Austauschtheorie bestimmten Anspruch auf Schadensersatz nach Belieben entscheiden können. Hat der Gläubiger seine Gegenleistung schon bewirkt, soll sogar nur die Austauschtheorie angewandt werden. Weshalb dann aber dennoch ein nach der Differenztheorie bestimmter Schadensersatzanspruch "primär" sein soll, ist nicht einzusehen. Als einzige Erklärung kommt erneut der Versuch in Betracht, zu verdecken, daß der für die Differenztheorie ursprünglich erhobene Anspruch umfassender Gültigkeit gescheitert ist.

---

24) Mißverständlich auch Esser-Schmidt, SchR I, § 28 III, S. 81 die meinen, "wenn der Gläubiger seinerseits schon geleistet" habe, müsse man ihm "auch in diesem Fall gestatten, seine Leistung beim anderen Teil zu belassen". Der Ausdruck "gestatten" bezeichnet nicht die von der "abgeschwächten Differenztheorie" angenommene Pflicht des Gläubigers in dieser Weise zu verfahren.

b) Die Begründung der Nichtanwendung der Differenztheorie, wenn der Gläubiger schon geleistet hat

In den Fällen, in denen der Gläubiger seine Gegenleistung schon bewirkt hat, müßte er zur Durchführung der Differenztheorie seine Leistung vom Schuldner zurückfordern. Nach der "abgeschwächten Differenztheorie" ist das unzulässig. Der Gläubiger soll in diesem Fall nur einen nach der Austauschtheorie bestimmten Schadensersatzanspruch haben. Zur Begründung wird nach einer Meinung[25] ausgeführt, daß die Rückforderung der schon vom Gläubiger bewirkten Gegenleistung "dem der Differenztheorie zugrundeliegenden Gedanken widersprechen" würde, "eine endgültige Abwicklung des Vertragsverhältnisses herbeizuführen".

Daneben wird vertreten[26], daß es die "Beschränkung des Gläubigers auf einen Geldanspruch" sei, die dazu führe, "daß er dem Schuldner die Gegenleistung zu belassen" habe. Da der Gläubiger vom Schuldner nur Geld als Schadensersatz verlangen könne, schließe das einen Rückforderungsanspruch aus und der Gläubiger habe "entsprechend der Austauschmethode Ersatz" zu fordern.

Nach der Meinung, die die Differenztheorie aus der Lehre von der "Vorteilsausgleichung" begründen will[27], läßt sich "das Gegenteil auch aus der Schadensersatzlehre gar nicht ableiten. Denn der Gläubiger sei nur dann "zum Abzug des Wertes seiner Leistung von der Ersatzforderung nach den Grundsätzen von der Vorteilsausgleichung verpflichtet, wenn er die Gegenleistung" erspare, "nicht aber, wenn er sie bewirkt" habe.

---

25) BGB-RGRK-Ballhaus, § 325, Rdnr. 15. Ebenso: Palandt-Heinrichs, § 325, Anm. 3 b.

26) Palandt-Heinrichs, § 325, Anm. 3 b. Ebenso: RGJW, 1183 f. (1184).

27) v. Staudinger-Kaduk, Vorbem. § 323, Bem. 68; vgl. dazu oben S. 39 ff.

Diesen Ansichten kann nicht gefolgt werden.
Die Meinung, eine Anwendung der Differenztheorie wenn der Gläubiger schon geleistet habe, widerspreche dem auf eine "endgültige Abwicklung" gerichteten "Gedanken" der Differenztheorie, nennt zwar einen Grund für die Nichtanwendung dieser Theorie, es handelt sich dabei aber um keine rechtliche Begründung. Die Meinung enthält vielmehr nur das Eingeständnis, daß die Anwendung der Differenztheorie in diesem Teil der Fälle pragmatisch verfehlt ist. Daneben ist diese Meinung auch deshalb nicht haltbar, weil als Schadensersatz wegen Nichterfüllung nicht die "endgültige Abwicklung des Vertragsverhältnisses herbeizuführen" ist, sondern der Gläubiger damit jeden durch die Nichtleistung bei ihm begründeten Schaden ersetzt verlangen kann[28]. Aus diesem allein gesetzmäßigen Inhalt des Anspruchs auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung folgt, daß der Gläubiger in Wahrheit deshalb seine Leistung beim Schuldner belassen muß, weil er sich zu der Bewirkung dieser Leistung verpflichtet hat und diese Pflicht weder von der Nichtleistung des Schuldners noch von der Geltendmachung von Schadensersatz berührt wird. Mit dem "Gedanken", "eine endgültige Abwicklung des Vertragsverhältnisses herbeizuführen", hat das nichts zu tun. Die Nichtanwendung der Differenztheorie als Folge einer einheitlichen Theorie ist mit dieser Meinung folglich nicht zu begründen.
Für die weitere Ansicht, die "Beschränkung des Gläubigers auf einen Geldanspruch" führe zur Nichtanwendung der Differenztheorie, gilt nichts anderes. Diese Ansicht scheitert schon deshalb, weil die behauptete "Beschränkung des Gläubigers auf einen Geldanspruch" in Wahrheit nicht existiert[29]. Da dies auch von einem Teil der Vertreter

---

28) Zum Begriff Schadensersatz wegen Nichterfüllung vgl. oben S. 18 ff.

29) Vgl. oben S. 32 ff.

der "abgeschwächten Differenztheorie" anerkannt wird[30], handelt es sich zudem um keine einheitliche Begründung. Selbst wenn aber stets Geld als Schadensersatz geschuldet würde, so wäre dies kein dogmatischer Grund, die Differenztheorie - entspräche sie dem Gesetz - bei schon bewirkter Leistung des Gläubigers nicht durchzuführen. Ein auf Geld gerichteter Schadensersatzanspruch würde einen Rückforderungsanspruch nicht ausschließen. Beide könnten nebeneinander existieren. Daneben beruft sich diese Meinung mit der Annahme, es werde vom Schuldner nur Geld geschuldet, zur Nichtanwendung der Differenztheorie auf eine der dieser Theorie vermeintlich eintretenden Rechtsfolgen. Ein nach der Differenztheorie bestehender Anspruch des Gläubigers in Geld setzt aber voraus, daß diese Theorie angewandt wird. Der vermeintliche Geldanspruch soll erst Folge der Differenztheorie sein, diese deren Grund. Da eine Rechtsfolge nicht ohne deren Grund eintritt, ist es widersprüchlich und verfehlt, die Nichtanwendung der Differenztheorie aus der vermeintlichen "Beschränkung des Gläubigers auf einen Geldanspruch" zu schließen. Wenn dennoch aus der vermeintlichen "Beschränkung des Gläubigers auf einen Geldanspruch" die Nichtanwendung der Differenztheorie für die Fälle folgen soll, in denen der Gläubiger schon geleistet hat, so ist diese fehlerhafte Argumentation nur vordergründig. Mit ihr wird der wahre Grund, nämlich die bestehende pragmatische Verfehltheit der Differenztheorie verdeckt.

Ebenfalls um einen nur vordergründigen Einwand handelt es sich, wenn bezüglich der Nichtanwendung der Differenztheorie, falls der Gläubiger schon geleistet hat, sich "das Gegenteil auch aus der Schadensersatzlehre gar nicht ableiten" lasse. Wenn dabei ausgeführt wird, der Gläubi-

---

30) Vgl. oben S. 34 ff.

ger sei nach einer "Vorteilsausgleichung" nur dann "zum Abzug des Wertes seiner Leistung von der Ersatzforderung ... verpflichtet, wenn er die Gegenleistung" erspare, so ist das kein Grund, die Differenztheorie in solchen Fällen nicht durchzuführen. Mit diesen Ausführungen ließe sich zwar - wenn sie zuträfen[31] - erklären, warum keine Anrechnung des Wertes der Gläubigerleistung erfolgt. Warum der Gläubiger aber erst nach der sog. "abgeschwächten Differenztheorie" eine schon bewirkte Leistung nicht zurückfordern darf und die Differenztheorie nicht angewandt wird, wird damit nicht erklärt. Die teilweise Nichtanwendung der Differenztheorie wird damit auch von dieser Ansicht nicht als die Rechtsfolge einer einheitlichen Theorie begründet.

Unabhängig von der dogmatischen Unmöglichkeit, die Nichtanwendung der Differenztheorie als Folge einer einheitlichen Theorie zu begründen, ist es schließlich verfehlt, wenn dabei vertreten wird, der Gläubiger müsse in solchen Fällen "entsprechend der Austauschmethode Ersatz" verlangen[32]. Dem steht die ebenfalls übliche Bezeichnung "Differenzmethode" anstatt Differenztheorie gleich[33]. Mit beiden Bezeichnungen wird verkannt, daß der Begriff Schadensersatz ein Sachbegriff (dogmatischer Begriff) der Lehre des Bürgerlichen Rechts ist, kein Methodenbegriff. Die Austauschtheorie und Differenztheorie betreffen nicht verschiedene Methoden, denselben Schaden zu erkennen - das würde einen einheitlichen Schadensbegriff bei der "abgeschwächten Differenztheorie" voraussetzen- sondern verschiedene Auffassungen vom Schaden selbst. Es handelt sich

---

31) Vgl. oben S. 41 ff.

32) So die auf S. 77 dargestellte Meinung, bei der aus einer vermeintlichen "Beschränkung des Gläubigers auf einen Geldanspruch" auf die Nichtanwendung der Differenztheorie geschlossen wird.

33) Zu den Wendungen "Austauschmethode" und "Differenzmethode" vgl. die oben auf S. 7 Genannten.

dabei um dogmatische nicht um methodologische Theorien. Mit der unzutreffenden gegenteiligen Behauptung wird der falsche Eindruck erweckt, als verstoße die Differenztheorie einschließlich der "abgeschwächten Differenztheorie" nicht sachlich gegen das Gesetz, sondern als handele es sich dabei nur um einen die gesetzliche Regelung unberührt lassenden Methodenstreit.

III. Die Begründung der sog. "abgeschwächten Differenztheorie" mit dem Wesen eines gegenseitigen Schuldverhältnisses

a) Die Begründung des vermeintlichen "Wahlrechts" des Gläubigers zwischen der Anwendung der Differenztheorie und der Anwendung der Austauschtheorie, wenn er seine Gegenleistung noch nicht bewirkt hat

Die vermeintliche Berechtigung des Gläubigers, wenn er noch noch nicht geleistet hat, gemäß der sog. "abgeschwächten Differenztheorie" zwischen der Anwendung der Differenztheorie und der Anwendung der Austauschtheorie "wählen" zu dürfen, wird auch mit dem Wesen eines gegenseitigen Schuldverhältnisses begründet[1].
Dazu wird ausgeführt[2], wenn in diesen Fällen "Raum für die Anwendung der Surrogationstheorie" bleibe, so bedeute das "keinen willkürlichen Wechsel der Konstruktionen". Die neben der Differenztheorie erfolgende Anwendung der Austauschtheorie fuße "vielmehr auf der Erkenntnis, daß der vertragsbrüchige Schuldner die nur im Austausch versprochene Gegenleistung nicht verlangen, es andererseits aber auch nicht ablehnen" könne, "wenn der Gläubiger

---

1) Vgl. Esser-Schmidt, SchR I, § 28 III, S.81; BGHZ 20, 339 ff. (343 f.); v. Staudinger-Kaduk, Vorbem. § 323, Bem. 65; van den Daele, S. 92; M. Wolf, S. 60 f.

2) Esser-Schmidt, SchR I, § 28 III, S. 81.

seinen Beitrag zur Durchführung der getroffenen Absprache erbringen" möchte. "Ein dem Gläubiger dergestalt eingeräumtes Wahlrecht" verhalte "sich mithin ganz im Rahmen der ursprünglichen synallagmatischen Vereinbarung".

Eine andere Ansicht[3] erkennt die Gesetzwidrigkeit der Differenztheorie einschließlich der sog. "abgeschwächten Differenztheorie" an. Unter Bezugnahme auf eine dem Wesen des gegenseitigen Schuldverhältnisses gleichgesetzte "Interessenlage des gegenseitigen Vertrages"[4] wird die Differenztheorie als "abgeschwächte Differenztheorie" dennoch von dieser Meinung vertreten. Danach soll "auch das Wahlrecht des Gläubigers ... aus der Interessenlage des gegenseitigen Vertrages zu begründen" sein[5]. Denn eine neben dem Differenzanspruch "wahlweise" mögliche Schadensberechnung nach der Austauschtheorie bedeute "für den Gläubiger ... nur die Erfüllung eines vertraglichen Interesses". Er habe "aus dem Vertrag" "ein Recht darauf, seine Leistung" "an den Schuldner loszuwerden". Dabei liege "diese Schadensberechnung im Rahmen der Differenztheorie". Deshalb gelte "für sie die Verbindung mit einer synallagmatischen Reaktion" und der Gläubiger sei "nicht ... zu seiner Leistung verpflichtet". Er habe aber "nach dem Vertrag den Anspruch auf die Schuldnerleistung nur gegen das Versprechen der eigenen Leistung". Daher könne "ihm in der Berechnung des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung der Anspruch auf" vollen Schadensersatz "nur gegen seine (nicht mehr geschuldete) vertragliche Gegenleistung zustehen[6]".

---

4) Eine "Interessenlage des geschädigten Gläubigers" (Erman-Battes, § 325, Rdz. 14) wird zur rechtlichen Begründung der "abgeschwächten Differenztheorie" von Erman-Battes, § 325, Rdz. 14; Soergel-Reimer-Schmidt, § 325, Anm. 33; Brox, SchR I, S. 143 und Heck, § 43, S. 133 angeführt.

5) van den Daele, S. 92.

6) van den Daele, S. 92 f.

Diesen Ansichten kann nicht gefolgt werden. Mit der rechtlichen Verfehltheit der Differenztheorie entfällt auch deren Anwendung für nur noch den Teil der Fälle, in denen der Gläubiger seine Gegenleistung noch nicht bewirkt hat und dies auch nicht tun möchte. Das insoweit schon Ausgeführte gilt hier wie dort[7].

Darüberhinaus wird von der ersten dieser Ansichten ausdrücklich anerkannt, daß in den Fällen, in denen der Gläubiger seine Gegenleistung noch nicht bewirkt hat, daran aber interessiert ist, nach der sog. "abgeschwächten Differenztheorie" die Austauschtheorie angewandt wird. Dies geschieht durch die Formulierung, in diesen Fällen bleibe "Raum für die Anwendung der Surrogationstheorie". Die dennoch von dieser Ansicht zugrundegelegte Vorstellung, es handele sich bei der sog. "abgeschwächten Differenztheorie" um eine einheitliche Theorie und nicht um den "willkürlichen Wechsel der Konstruktionen", steht dazu im Widerspruch. Dem entspricht es, wenn die dafür angeführten Gründe, daß die "abgeschwächte Differenztheorie" keinen "willkürlichen Wechsel der Konstruktionen" bedeute, nicht haltbar sind. Danach soll nämlich eine Bestimmung des Anspruchs auf Schadensersatz nach der Austauschtheorie deshalb zulässig sein, weil ein dem Gläubiger "dergestalt eingeräumtes Wahlrecht" sich "ganz im Rahmen der ursprünglichen synallagmatischen Vereinbarung" halte. Die Forderung von Schadensersatz unter Bewirkung der Gegenleistung soll also "der ursprünglichen synallagmatischen Vereinbarung" entsprechen. Damit wird eingeräumt, daß die Verpflichtung zur Leistung von Schadensersatz und die Pflicht zur Bewirkung der Gegenleistung bei den §§ 325, 326 zueinander in demselben synallagmatischen Verhältnis stehen, wie es vor Eintritt des Störungs-

---

7) Vgl. oben S. 71 ff.

tatbestands mit der Leistungspflicht des Schuldners und der Gegenleistungspflicht des Gläubigers der Fall war. Das aber ist der Standpunkt der Austauschtheorie. Dessen ungeachtet bleibt die "ursprüngliche synallagmatische Vereinbarung" dann wieder außer Betracht, wenn der Gläubiger nach der Differenztheorie Schadensersatz fordern will. Die Begründung des vermeintlichen "Wahlrechts" des Gläubigers besteht dieser Ansicht nach also darin,daß - trotz der dabei bestehenden Unvereinbarkeit - je nach der "Wahl" des Gläubigers entweder auf die bei der Differenztheorie angenommene Auffassung vom Wesen des gegenseitigen Schuldverhältnisses oder auf die tatsächliche, der Austauschtheorie entsprechende Rechtslage verwiesen wird[8]. Wie bei einer solchen Sachlage die sog. "abgeschwächte Differenztheorie" keinen "willkürlichen Wechsel der Konstruktionen" bedeuten soll, bleibt offen.

Das nach der "abgeschwächten Differenztheorie" behauptete "Wahlrecht" des Gläubigers zwischen der Anwendung der Differenztheorie und der Anwendung der Austauschtheorie läßt sich auch nicht mit einer "Interessenlage des gegenseitigen Vertrages" rechtfertigen. Dies folgt schon aus der von den Vertretern dieser Ansicht selbst eingeräumten Gesetzwidrigkeit der Differenztheorie[9]. Daneben ist es aber auch von vornherein verfehlt, aus einer "Interessenlage" auf das Existieren eines "Wahlrechts" des Gläubigers zu schließen[10]. Ebensowenig wie nämlich das Bestehen oder Nichtbestehen eines "Interesses" rechtlich bedeutsam ist und es folglich eine "Interessenlage des gegenseitigen Vertrages" geben kann, ist ein daraus begründetes "Wahlrecht" des Gläubigers statt des "Differenzan-

---

8) Esser-Schmidt, SchR I, § 28 III, S. 80 erkennen dabei selbst, daß hinsichtlich der Anwendung der Differenztheorie und der Austauschtheorie "die Methoden ... sich auch in der Grundauffassung vom Abwicklungsvorgang" unterscheiden.

9) Vgl. oben S. 81.

10) Vgl. oben S. 57 ff.

spruchs" einen nach der Austauschtheorie bestimmten Schadensersatzanspruch verlangen zu können, rechtlich möglich. Zudem beruft sich diese Ansicht mit der Annahme, ein nach der Austauschtheorie bestimmter Schadensersatzanspruch sei für den Gläubiger "nur die Erfüllung eines vertraglichen Interesses", da er "aus dem Vertrag ein Recht darauf" habe, die Gegenleistung "an den Schuldner loszuwerden", dort auf die der Austauschtheorie entsprechende Rechtslage, wo sie bei der Begründung der Differenztheorie geleugnet wird.
Das ist, ebenso wie bei der vorangegangenen Ansicht, keine Begründung des von der "abgeschwächten Differenztheorie" behaupteten "Wahlrechts", sondern ein willkürlicher Wechsel zwischen der Anwendung der Differenztheorie und der Anwendung der Austauschtheorie. Ebenso verfehlt und widersprüchlich ist es, wenn dabei vertreten wird, der Gläubiger sei nicht zu seiner Gegenleistung verpflichtet, er könne aber vollen Schadensersatz gemäß der Austauschtheorie "nur gegen seine ... vertragliche Gegenleistung" fordern. Damit wird, entsprechend der Begründung des vermeintlichen "Wahlrechts" des Gläubigers mit dem Begriff Schadensersatz wegen Nichterfüllung[11], bezüglich desselben Gegenstandes eine rechtliche Pflicht geleugnet und gleichzeitig der Sache nach bejaht. Eine solche scheinbare dogmatische Lösung der sog. "abgeschwächten Differenztheorie" ist logisch und rechtlich nicht möglich.

b) Die Begründung der Nichtanwendung der Differenztheorie, wenn der Gläubiger schon geleistet hat

Die Nichtanwendung der Differenztheorie wenn der Gläubiger schon geleistet hat, wird im Zusammenhang mit dem

---

11) Vgl. oben S. 74.

Wesen eines gegenseitigen Schuldverhältnisses nicht besonders begründet. Es werden insoweit vielmehr von Vertretern der Sondermeinung, wonach die Differenztheorie auch dann angewandt werden soll, wenn der Gläubiger schon geleistet hat[12], nur Gründe gegen die Nichtanwendung der Differenztheorie in solchen Fällen genannt. Dabei wird ausgeführt, eine Nichtanwendung der Differenztheorie falls der Gläubiger schon geleistet hat, lasse sich "mit dem Bemühen um die im Interesse der Gerechtigkeit erforderliche und widerspruchsfreie Anwendung rechtlicher Bewertungsprinzipien nicht vereinbaren"[13]. Es sei "inkonsequent und ein Bruch im System des Schadensersatz wegen Nichterfüllung", wenn man das "Prinzip" der Differenztheorie "bei Vorleistung des Gläubigers ausschalte"[14].

Diesen Ansichten kann nicht gefolgt werden. Ihnen ist nur insoweit zuzustimmen, als den Vertretern der Differenztheorie, die diese Theorie hier nicht durchführen wollen, Inkonsequenz vorgeworfen wird[15]. Im übrigen entfällt die Sondermeinung aber - da sie die Anwendung der Differenztheorie zum Inhalt hat - gleichzeitig mit deren Verfehltheit. Völlig unzutreffend ist es angesichts der rechtlichen Unhaltbarkeit der Differenztheorie angesichts deren Anwendung auch in Fällen, wo der Gläubiger seine Leistung bereits bewirkt hat, mit "dem Bemühen um die im Interesse der Gerechtigkeit erforderliche und widerspruchsfreie Anwendung rechtlicher Bewertungsprinzipien" gerechtfertigt wird. Eine gesetzwidrige Theorie, die von ihren Ver-

---

12) Vgl. dazu oben S. 7.

13) M. Wolf, S. 61.

14) van den Daele,S. 96. Dennoch will van den Daele an dieser "Einschränkung" der Differenztheorie festhalten. Er vertritt aber ein Rückforderungsrecht des Gläubigers im Fall von Teilleistungen. Vgl. dazu auch Münchner Kommentar-Emmerich, § 325, Rdnr. 82.

15) Vgl. auch Kisch, Schadensersatz, S. 119; Adler, S. 32 f.; Oertmann, JW 31, 1184 (Anm.).

tretern nicht in allen Fällen. auf die sie sich bezieht angewandt wird, wird nicht dadurch zu einer der "Gerechtigkeit" entsprechenden, daß mit ihrer "konsequenten" Anwendung in einem noch größeren Teil der Fälle gegen das Gesetz verstoßen wird.

Indem aus dem Wesen eines gegenseitigen Schuldverhältnisses von Vertretern der "abgeschwächten Differenztheorie" kein Grund für die in diesen Fällen erfolgende Nichtanwendung der Differenztheorie genannt wird, sind alle dogmatischen Versuche gescheitert, die "abgeschwächte Differenztheorie" als einheitliche Theorie zu begründen[16]. Der Grund hierfür liegt darin, daß, soweit in Rechtsprechung und Lehre in falscher Bedeutung von "abgeschwächter Differenztheorie" gesprochen wird und versucht wird, über diese zusammenfassende Aussagen zu machen oder dogmatische Lösungen zu finden, dies schon dem methodischen Ansatz nach notwendig falsch sein muß. Denn die betreffenden Ausführungen beziehen sich objektiv zu einem Teil auf Fälle der vermeintlichen Gültigkeit der Differenztheorie, zu einem anderen Teil auf Fälle der Austauschtheorie. Bei diesem falschen methodischen Ansatz können sich auch in den Einzelheiten nur Fehler ergeben.

Darüberhinaus ist es eine irreführende Darstellungsweise zu behaupten, der Schadensersatz wegen Nichterfüllung bestimme sich in den Fällen der §§ 325 Abs. 1 Satz 1, 326 Abs. 1 Satz 2, 326 Abs. 2 nach der Differenztheorie und die Tatsache, daß diese in einem wesentlichen Teil der Fälle nicht angewandt wird, mit dem unzutreffenden Ausdruck "abgeschwächter Differenztheorie" zu verdecken.

---

16) Dem entspricht es, wenn im neueren Schrifttum zu der "abgeschwächten Differenztheorie" ausgeführt wird: "Das ist keine wissenschaftliche Theorie, sondern der Verzicht auf eine solche". (E. Wolf, SchR I, § 9 FV b 3 bb, S. 479).

Eine "abgeschwächte Differenztheorie" wäre eine inhaltlich veränderte - nämlich inhaltlich eingeschränkte - Differenztheorie; eine solche Theorie gibt es nicht.

Der mit der "abgeschwächten Differenztheorie" verbundenen Wirrnis entspricht es, daß für diese Theorie eine Fülle unterschiedlicher Bezeichnungen besteht. Wenn nämlich die "abgeschwächte Differenztheorie" von ihren Vertretern auch als Differenztheorie mit "Einschränkungen" oder "Modifikationen", als "Mittelmeinung", "Mitteltheorie", "vermittelnde Ansicht", gemäßigte" oder "gemilderte Differenztheorie", als "Differenztheorie in ihrer 'gemäßigten' oder auch 'abgeschwächten' Version", nur als Differenztheorie sowie als "Differenztheorie in der Gestalt, in der sie heute gelten soll" bezeichnet wird[17], so läßt das die damit auch bei den eigenen Vertretern dieser Theorie bestehende Unsicherheit bezüglich des damit Gemeinten erkennen.

---

17) Vgl. oben S. 8.

IV. Die Begründung der "abgeschwächten Differenztheorie" mit der Lehre von der "richterlichen Rechtsfortbildung"

Ein großer Teil des heutigen Schrifttums[1] erkennt an, daß die Differenztheorie und damit auch deren als "abgeschwächte Differenztheorie" bezeichnete Nichtanwendung in einem Teil der Fälle "aus dem Gesetz nirgends begründet werden" kann[2]. Wenn diese Autoren die Differenztheorie für einen Teil der Fälle dennoch vertreten, so geschieht das in der Annahme, die teilweise Anwendung der Differenztheorie sei "geltendes Recht infolge einer das Gesetz abändernden Rechtsfortbildung durch die Rechtsprechung"[3].

Dies beruht auf der Ansicht, die Gerichte seien neben der Anwendung des Rechts auch zu dessen Fortbildung berechtigt[4]. Sei es durch eine "Rechtsfortbildung" "noch an

---

1) Vgl. Rother, § 325, Zusatz zu § 325; Larenz, SchR I, § 22, S. 277; Esser-Schmidt, SchR I, § 28 III, S. 81; van den Daele, S. 85 ff.; M. Wolf, S. 52; Adler, S. 37. Der Sache nach auch: Soergel-Reimer-Schmidt, § 326, Bem. 33. Nur bezüglich der sog. "abgeschwächten Differenztheorie": HGB-RGRK-Würdinger-Röhricht, 3. Aufl., Vorbem. § 373 HGB, Anm. 353.

2) Rother, § 325, Zusatz zu § 325. Zu der gegenteiligen Ansicht, daß die Differenztheorie mit dem Gesetz vereinbar sei, meint Adler, S. 37: "Eine Lehre, die dem Gesetz ein Bein" herausreiße "und mit dem Krüppel dann dialektische Tänze" aufführe, um sich und andere mit vorgeblicher Gesetzestreue zu betrügen", stehe "unter jeder wissenschaftlichen Kritik".

3) van den Daele, S. 93. Ausdrücklich auf eine "richterliche Rechtsfortbildung" berufen sich auch: Rother, § 325, Zusatz zu § 325; Larenz, SchR I, § 22, S. 277; Esser-Schmidt, SchR I, § 28 III, S. 81; M. Wolf, S. 58 u. S. 60. Vgl. auch Leser, S. 127, Fn. 74.

4) Vgl. Larenz, Allg. Tl., § 4, S. 58 ff. ders. Meth.L., S. 338 ff.; Esser, Grundsatz, S. 138 f.; 281 ff.; ders. Vorverständnis, S. 190 ff. und 174 ff. Nach dem BGH soll dem Richter nicht nur gestattet" sein, "das Recht fortzubilden, sondern die richtige, d.h. dem Recht gem. Anwendung des positiven Rechts" verpflichte ihn sogar hierzu. (BGH JZ 1952, S. 112)

den Grundwerten und Regelungszwecken des Gesetzes selbst orientiert" ("gesetzesimmanente Rechtsfortbildung")[5] oder durch eine "Rechtsfortbildung" "zwar "extra legem", außerhalb der gesetzlichen Regelung, aber "intra jus", innerhalb des Rahmens der Gesamtrechtsordnung und der ihr zu Grunde liegende Rechtsprinzipien"[6] ("gesetzesüberschreitende Rechtsfortbildung")[7].

Aufgabe der Gerichte soll es danach sein, "gerade in der Rechtsschöpfung" die "legislative Ordnungsvorstellung mit der herrschenden Gerechtigkeitsvorstellung in Einklang zu bringen"[8]. Die Notwendigkeit dieses "Aktualisierungsauftrages"[9] folge "aus der Systemrationalität des Rechts und der Stellung des Rechtsanwenders ... der dieses System nur dadurch leistungsfähig" erhalte, "daß er es rückinformierend mit jenen Bewertungsmaßstäben und Ordnungsgedanken" ausfülle, "die bei neuen Konfliktlagen und neuen Erwartungshorizonten" aufträten[10]. So hafte jeder "materiellen Rechtsnorm der 'Vorbehalt' nicht nur der inhaltlichen Konkretisierung, sondern auch der Ergänzung, Um- und Neubildung" an[11].
Als weiterer Grund einer solchen "richterlichen Rechtsfortbildung" wird die "Rücksicht auf ein unabweisbares Bedürfnis des Rechtsverkehrs ... die Natur der Sache ... oder ein vorrangiges rechtsethisches Prinzip" genannt[12].

Hinsichtlich der zuletzt genannten allgemeinen Kriterien einer "richterlichen Rechtsfortbildung" werden speziell bei der Begründung der teilweisen Anwendung der Differenztheorie weitere Ausführungen gemacht. So wird insoweit

---

5) Larenz, Allg. T., § 4 III, S. 65.
6) Larenz, Meth. L., S. 403.
7) Larenz, Meth. L., S. 402.
8) Esser, Vorverständnis, S. 190.
9) Esser, Vorverständnis, S. 190.
10) Esser, Vorverständnis, S. 179.
11) Esser, Vorverständnis, S. 191.
12) Larenz, Meth. L., S. 418.

einmal das bei deren reduzierter Anwendung vermeintlich bestehende praktische Bedürfnis genannt[13]. Danaben soll die Differenztheorie "zwar nicht der vom Surrogationsgedanken beherrschten Konzeption des Gesetzes" entsprechen, dafür aber "systemgerecht Synallagma und Schadensersatz wegen Nichterfüllung" verbinden[14]. Dem entspricht die Ansicht, die "Struktur des gegenseitigen Vertrages" habe "rechtsbildende Kraft" und entfalte zugunsten der Differenztheorie "gesetzesdurchbrechende Dynamik, allerdings nicht durch den Zwang systematischer Konsequenz sondern durch den Druck realer Interessen, die sich in ihr manifestiert" hätten[15].

Diesen Auffassungen kann sowohl hinsichtlich der grundsätzlichen Möglichkeit einer "richterlichen Rechtsfortbildung" als auch hinsichtlich der damit begründeten Rechtsgültigkeit der sog. "abgeschwächten Differenztheorie" nicht gefolgt werden[16].
Indem es nach der Lehre von der "richterlichen Rechtsfortbildung" Aufgabe des Richters sein soll, "legislative Ordnungsvorstellung und herrschende Gerechtigkeitsvorstellung" miteinander "in Einklang zu bringen", das "System" mit "Bewertungsmaßstäben und Ordnungsgedanken" neuerer "Konfliktlagen" und "Erwartungshorizonte" "rückzuinformieren" und das Recht als "systemrational" begriffen wird, beruht diese Lehre auf der auf v. Savigny zurückgehenden historischen Rechtsauffassung". Nach dieser

---

13) Larenz, SchR I, § 22 II, S. 277.

14) Esser-Schmidt, SchR I, § 28 III, S. 81. Vgl. dazu: Gernhuber, S. 89.

15) van den Daele, S. 92.

16) Dazu im Einzelnen, E. Wolf, Allg.T. § 17, S. 522 ff und ders. SchR I, Vorwort, (V ff).

wurde die Vorstellung vom permanenten 'Fortschreiten' des Rechts"[17] welches "in unaufhörlichem Anderswerden begriffen"[18] sei begründet.
Mit der historischen Rechtsauffassung hat sich Ernst Wolf in neuer Zeit umfassend auseinandergesetzt und diese widerlegt[19]. Entsprechendes gilt für deren Element, der Lehre von der "richterlichen Rechtsfortbildung"[20].

Wenn die teilweise Anwendung der Differenztheorie dennoch mit der Lehre von der "richterlichen Rechtsfortbildung" begründet wird, so ist das nicht haltbar.
"Richterliche Rechtsfortbildung" ist schon deshalb nicht möglich, weil Richten Recht erkennen ist und damit darin besteht, begründet wahr zu urteilen, ob ein bestimmtes, vom Kläger als zwischen den Parteien bestehend oder nicht bestehend behauptetes rechtliches Verhältnis existiert oder nicht existiert[21]. Es ist nur dann wahr, wenn das in dem Urteils als existierend behauptete rechtliche Verhältnis tatsächlich existiert bzw. wenn das in dem Urteil als nicht existierend behauptete Urteil tatsächlich nicht existiert. Durch ein erkennendes gerichtliches Urteil wird damit - wie bei jedem Urteil[22] - ein

---

17) Vgl. bei E. Wolf, Allg. Tl., § 17 B III, S. 536.

18) v. Gierke, Priv.R., § 17, S. 125.

19) Vgl. Fn.16.

20) E. Wolf, Allg. T., § 17 B III, S. 536 ff.; ders. in Recht und Gesellschaft, 197 , S. 16 f.; ders. in Festschrift für Schiedermair, S. 558 ff. Vgl. auch ders. Festschrift f. v. Lübtow, S. 131 f. Ihm folgend: Bienert, S. 93 ff. und Ziegler, S. 34 ff. Die Möglichkeit einer "richterlichen Rechtsfortbildung" wird ebenfalls abgelehnt von: Hirsch, S. 334 ff. und Hattenhauer, S. 83 ff.

21) Hierzu und zum Folgenden: E. Wolf, Algg. T., § 17 B III, S. 536 ff. sowie ders. in Festschrift f. Schiedermair, S. 558 ff.

22) Objektivität des Urteils - Vgl. E. Wolf, Allg. T., § 1 A VI b, S. 16 f.; ders. Arbeitsverhältnis, S. 8 f.; ders. AcP 173, 109; ders., Festschrift f. Schiedermair, S. 558.

Gegenstand als das beurteilt, was er ist. Damit hängt die Wahrheit jedes Urteils von dem Gegenstand ab, auf den es sich bezieht[23]. Diese Abhängigkeit schließt die Möglichkeit aus, daß der Gegenstand, auf den sich das Urteil bezieht, erst durch dieses hervorgebracht wird, daß also durch ein erkennendes gerichtliches Urteil Recht entsteht[24]. Existiert ein bestimmtes rechtliches Verhältnis nicht, so kann es der Richter nicht durch ein Urteil herstellen; existiert ein bestimmtes rechtliches Verhältnis, so kann es der Richter nicht durch ein Urteil beseitigen. Er kann damit nur feststellen, was rechtens ist, nicht selbst Recht schaffen[25]. Andernfalls hinge die Wahrheit eines Urteils von dem Gericht ab und nicht von dem Gegenstand. Recht wäre dann willkürlich behauptbar und ein rechtliches Urteil nicht zu überprüfen[26].

Könnten die Gerichte Recht schaffen, so müßte ein Urteil einen allgemeinen Inhalt haben und sowohl die übrigen Gerichte wie überhaupt alle Menschen binden. Das ist mit der nur zwischen den Parteien bestehenden Rechtskraftwirkung eines Urteils ebensowenig zu vereinbaren, wie

---

23) E. Wolf, Allg. T., § 17 B III, S. 537.

24) Vgl. E. Wolf, Allg. T., § 17 B III, S. 537.

25) E. Wolf, Festschrift f. Schiedermair, S. 558 f. Dem steht nicht entgegen, daß es "Gestaltungsurteile" gibt. Dabei handelt es sich um "Urteile", die außer einem Urteil über das Vorliegen der tatbestandsmäßigen Bedingungen der Möglichkeit, ein rechtliches Verhältnis in bestimmter Weise zu gestalten, eine entsprechende Gestaltungserklärung zum Inhalt haben. (E. Wolf, All. T., § 17 B III, S. 537, Fn. 128).

26) Vgl. Rüthers, der aufzeigt, wie durch "Richterrecht" nach dem Jahre 1933 die Lehre des bürgerlichen Rechts von den Anschauungen des Nationalsozialismus beeinflußt wurde.
Vgl. auch Hirsch, S. 338, der zum "Richterrecht" ausführt: "Man stelle sich dazu einmal vor, die Richterschaft wäre mit der heutigen Richterrechtstendenz ins Dritte Reich getreten".

mit Art. 20 Abs. 3 GG, wonach die Rechtsprechung nur an Gesetz und Recht,nicht aber an gerichtliche Urteile gebunden ist.
Etwas anderes folgt auch nicht daraus, daß Art. 20 Abs. 3 GG zwischen Gesetz und Recht unterscheidet. Vielmehr wird insoweit nur klargestellt, daß die Gerichte auch an solche Rechtswirkungen gebunden sind, die nicht durch ein Gesetz, sondern im Rahmen der Privatautonomie z.B. durch einen Vertrag frei hergestellt werden können und deshalb nicht als gesetzliche Rechtswirkungen bezeichnet werden[27].
Da die Urteile verschiedener Gerichte oder die Urteile ein und desselben Gerichts einander widersprechen können, enthält die Behauptung, die Gerichte würden Recht bilden, zugleich die Behauptung einer Widersprüchlichkeit des Rechts. Allein die Verfehltheit dieser Konsequenz läßt die der "richterlichen Rechtsfortbildung" selbst erkennen.
Schließlich wird den Gerichten mit der Lehre von der "richterlichen Rechtsfortbildung" eine der Legislative ähnliche Stellung eingeräumt. Das widerspricht klar der Gewaltenteilung[28].
Kann ein Gericht aus diesen Gründen aber nur Recht erkennen und weder Recht "bilden" noch "fortbilden", so ist, ohne daß es auf die Unterscheidung weiter ankäme, eine "noch an den Grundwerten und Regelungszwecken des Gesetzes selbst" orientierte sog. "gesetzesimmanente Rechtsfortbildung" ebenso verfehlt, wie eine "zwar ... außerhalb der gesetzlichen Regelung, aber ... innerhalb des Rahmens der Gesamtrechtsordnung und der ihr zugrundeliegenden Rechtsprinzipien" stehende sog. "gesetzesüber-

---

27) Vgl. E. Wolf, Festschrift f. Schiedermair, S. 561.
28) Vgl. E. Wolf, Festschrift f. Schiedermair, S. 560.

schreitende Rechtsfortbildung". Weiter können vermeintlich vom Gericht erkannte - in Wahrheit frei behauptbare "Grundwertungen und Regelungszwecke des Gesetzes selbst" ebensowenig eine "richterliche Rechtsfortbildung" rechtfertigen wie der "Rahmen der Gesamtrechtsordnung und der ihr zugrundeliegenden Rechtsprinzipien". Entsprechendes gilt für die Leerwörter[29] von der "Rücksicht auf ein unabweisbares Bedürfnis des Rechtsverkehrs", der "Natur der Sache" oder einem "rechtsethischen Prinzip".

Indem in der Rechtsprechung und einem Teil der Lehre dennochmit der Begründung, es handele sich um richterliche "Rechtsfortbildung" die Differenztheorie für geltendes Recht gehalten wird, setzt man sich ohne einen rechtlich haltbaren Grund über den gesetzlichen Inhalt des Anspruchs auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung nach §§ 325 Abs. 1 Satz 1, 326 Abs. 1 Satz 2, 326 Abs. 2 hinweg. Dabei ist es ein offener Widerspruch, wenn vertreten wird, die vermeintliche "Rechtsfortbildung" entspreche "zwar nicht der vom Surrogationsgedanken beherrschten Konzeption des Gesetzes", sie sei aber "systemgerecht". Diese Meinung scheitert daran, daß ein Verstoß gegen die "Konzeption des Gesetzes" niemals zugleich "systemgerecht" sein kann. Ebenso ist es ohne jeden rechtlichen Inhalt, wenn zugunsten der Differenztheorie die "Struktur des gegenseitigen Vertrages" "rechtsbildende Kraft" haben und "gesetzesdurchbrechende Dynamik" entfalten soll. Die Verfehltheit dieser Ansicht wird besonders deutlich, wenn weiter ausgeführt wird, dabei handele es sich nicht um "den Zwang systematischer Konsequenz", sondern um "den Druck realer Interessen".
Die Anwendung der Differenztheorie bzw. deren als "abgeschwächte Differenztheorie" bezeichnete Nichtanwendung

---

29) Zu dem Ausdruck Leerwort vgl. S. 57, Fn. 40.

in bestimmten Fällen ist damit auch durch eine "richterliche Rechtsfortbildung" nicht zu begründen. Die falsche Formulierung "abgeschwächte Differenztheorie" und die Behauptung, daß diese "heute allgemeine Ansicht" sei verdecken damit, daß seitens der Vertreter der Differenztheorie eine wissenschaftliche Lösung der Probleme nicht stattgefunden hat und diese Theorie bisher in Übereinstimmung mit dem Gesetz nicht begründet werden konnte.

D. Die Differenztheorie in anderen Fällen als der vollständigen Nichtbewirkung der geschuldeten Leistung nach §§ 325 Abs. 1 Satz 1, 326 Abs. 1 Satz 2, 326 Abs. 2

I. Allgemeines

Die Differenztheorie wird bei einem Anspruch auf Schadensersatz wegen vollständiger Nichtbewirkung der geschuldeten Leistung nach §§ 325 Abs. 1 Satz 1, 326 Abs. 1 Satz 2, 326 Abs. 2 vertreten und begründet. Sie wird damit zugleich für die Tatbestände behauptet, nach denen ebenfalls Schadensersatz wegen Nichterfüllung einer im Gegenseitigkeitszusammenhang stehenden Pflicht verlangt werden kann und in denen auf eine der Bestimmungen der §§ 325 Abs. 1 Satz 1, 326 Abs. 1 Satz 2, 326 Abs. 2 verwiesen wird (§§ 325 Abs. 2 i.V.m. 283[1], 440[2], 636 Abs. 1 Satz 2[3]) oder in denen diese Bestimmungen analog gelten (positive Forderungsverletzung[4]). Hier besteht bezüglich der Gültigkeit der §§ 325 Abs. 1 Satz 1, 326 Abs. 1 Satz 2, 326 Abs. 2 - und damit auch zu der bei diesen Vorschriften behaupteten Differenztheorie - kein Unterschied. Es bleibt daher auch insoweit bei der Verfehltheit der Differenztheorie ohne daß sich dabei Besonderheiten ergäben.

---

1) Vgl. zur Differenztheorie bei dieser Bestimmung: Palandt-Heinrichs, § 325 Anm. 9 II i.V.m. Anm. 3; BGB-RGRK-Ballhaus, § 325, Rdnr. 37.

2) Vgl. Erman-Weitnauer, § 440, Rdz. 14; Pieper, S. 459.

3) Vgl. BGB-RGRK-Glanzmann, § 636, Rdz. 20; Soergel-Ballerstedt, § 636 Bem. 6; RGZ 83, 279 ff. (281); RGJW 36, 2131 Nr. 3.

4) Vgl. BGB-RGRK-Ballhaus, § 325, Rdz. 12; Erman-Battes, § 276, Anm. 7e, bb; BGHZ 11, 80 ff. (84); RGZ 54, 98 ff. (100); RGZ 93, 280 ff. (287).

Die Differenztheorie wird aber auch bei Tatbeständen vertreten, nach denen zwar Schadensersatz wegen Nichterfüllung einer im Gegenseitigkeitszusammenhang stehendenPflicht verlangt werden kann, die aber weder auf einen der §§ 325 Abs. 1 Satz 1, 326 Abs. 1 Satz 2, 326 Abs. 2 verweisen noch eine Analogie zu diesen Bestimmungen darstellen. Dabei handelt es sich um die §§ 325 Abs. 1 Satz 2, 326 Abs. 1 Satz 3, 463, 480 Abs. 2, 635. Ob bezüglich der Differenztheorie hier Besonderheiten bestehen, ist zweifelhaft.

II. Die Differenztheorie bei einem Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung bei einer teilweisen Nichtbewirkung der geschuldeten Leistung (§§ 325 Abs. 1 Satz 2, 326 Abs. 1 Satz 3)

Nach § 325 Abs. 1 Satz 2 ist der Gläubiger bei teilweiser Unmöglichkeit, wenn die teilweise Erfüllung für ihn kein Interesse hat, berechtigt, Schadensersatz wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit nach Maßgabe des § 280 Abs. 2 zu verlangen.
Hat der Gläubiger dagegen - anders als § 325 Abs. 1 Satz 2 ausdrücklich bestimmt - an der teilweisen Erfüllung Interesse, so ist er zu dem der unmöglichen Verbindlichkeit entsprechenden Teil, berechtigt, Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen.
Nch § 326 Abs. 1 Satz 3 findet die Vorschrift des § 325 Abs. 1 Satz 2 entsprechende Anwendung, wenn die Leistung, mit der der Schuldner im Verzug ist, bis zum Ablauf der nach § 326 Abs. 1 Satz 1 gesetzten Frist teilweise nicht bewirkt wird.
Zwischen § 325 Abs. 1 Satz 2 und § 326 Abs. 1 Satz 3 besteht damit hinsichtlich eines Anspruchs auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung kein sachlicher Unterschied.

Nach einer im Schrifttum vertretenen Ansicht[5] soll es sich bei dem ausdrücklich in § 325 Abs. 1 Satz 2 bezeichneten und von § 326 Abs. 1 Satz 3 in Bezug genommenen Fall, daß der Gläubiger Schadensersatz wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit nach Maßgabe des § 280 Abs. 2 fordert, weil die teilweise Erfüllung für ihn kein Interesse hat, um "Schadensersatz wegen Nichterfüllung des gesamten Vertrages" handeln. Dabei wird der Ausdruck Differenztheorie nicht erwähnt. Sie liegt dieser Ansicht aber dennoch zugrunde. Das folgt aus der Formulierung "Schadensersatz wegen Nichterfüllung des gesamten Vertrages". Mit ihr wird die falsche Annahme der Differenztheorie bezeichnet, es sei Schadensersatz nicht nur für die nicht bewirkte Leistung des Schuldners, sondern wegen Nichterfüllung eines "Vertrages als Einheit"[6] zu leisten. Danach soll bei § 325 Abs. 1 Satz 2 und entsprechend bei § 326 Abs. 1 Satz 3 wenn der Gläubiger an der teilweisen Erfüllung kein Interesse hat und Schadensersatz fordert, die Differenztheorie gelten[7].

Inwieweit die Differentztheorie dagegen anzuwenden sein soll, wenn der Gläubiger Interesse an einer Teilerfüllung hat und Schadensersatz wegen Nichterfüllung entsprechend dem vom Schuldner nicht bewirkten Teil der Leistung fordert, ist unter den Vertretern der Differenztheorie unklar. Soweit dazu überhaupt eine Stellungnahme erfolgt, bestehen unterschiedliche Vorstellungen. Nach einer Ansicht[8] wird ausgeführt, wenn die Gegenleistung des Gläu-

---

5) Vgl. BGB-RGRK-Ballhaus, § 325, Rdnr. 35; Erman-Battes, § 325, Rdz. 45; v. Staudinger-Kaduk, § 325, Bem. 88; Palandt-Heinrichs, § 325, Anm. 7c; Brox, SchR I, S. 142. Ausdrücklich für § 326 Abs. 1 Satz 3: v. Staudinger-Kaduk, § 326, Bem. 80.

6) Vgl. dazu oben S. 24 ff.

7) Dies wird im älteren Schrifttum von Kipp, S. 287 ausdrücklich festgestellt.

8) Larenz, SchR I, § 23 II b, S. 291; ders. SchR I, §§ 22 II c, S. 278 f.; Erman-Battes, § 325, Rdz. 43 i.V.m., Rdz. 13. Vgl. auch BGB-RGRK-Glanzmann, § 636, Rdz. 21.

bigers "teilbar" sei, "dann" könne "auch hier ... die Differenztheorie durchgeführt werden"[9]. Dann entfalle "hinsichtlich des nicht erfüllten Teils ... das Austauschverhältnis und an seine Stelle" trete "nunmehr der Schadensersatzanspruch"[10]. Demgegenüber bleibt nach einem anderen Vertreter[11] der Differenztheorie der Gläubiger, falls er Schadensersatz fordert und an einer Teilerfüllung Interesse hat, stets "zur ganzen Gegenleistung verpflichtet"[12]. Das entspricht der Austauschtheorie. Die Differenztheorie soll danach bei den §§ 325 Abs. 1 Satz 2, 326 Abs. 1 Satz 3 wenn der Gläubiger an einer Teilerfüllung Interesse hat, nur nach manchen ihrer Vertreter und nur dann, wenn die Gegenleistung des Gläubigers teilbar ist, angewandt werden.
Diesen Ansichten kann nicht gefolgt werden. Soweit nach ihnen die Differenztheorie bei den §§ 325 Abs.1 Satz 2, 326 Abs. 1 Satz 3 anwendbar sein soll, entfällt die Differenztheorie auch hier mit den schon gegen diese Theorie angeführten Gründen.

Darüberhinaus bestehen sowohl gegen die vermeintliche Gültigkeit der Differenztheorie für die Fälle in denen der Gläubiger an einer Teilerfüllung kein Interesse hat als auch gegen deren vermeintliche Gültigkeit für die Fälle in denen der Gläubiger noch an einer Teilerfüllung Interesse hat, weitere Einwände.
Für die Fälle der vermeintlichen Gültigkeit der Differenztheorie, in denen der Gläubiger an einer Teilerfüllung kein Interesse hat, ergibt sich die zugrundegelegte

---

9) Larenz, SchR I, § 22 II c, S. 279.
10) Larenz, SchR I, § 23 II b, S. 291.
11) v. Staudinger-Kaduk, § 325, Bem. 84 und § 326 Bem. 159.
12) v. Staudinger-Kaduk, § 325, Bem. 84.

Anwendung der Differenztheorie nicht unmittelbar. Sie folgt vielmehr nur aus der Wendung "Schadensersatz wegen Nichterfüllung des gesamten Vertrages". Indem damit die Differenztheorie nicht als solche bezeichnet wird, werden die ohnehin mit dieser Theorie schon verbundenen Unklarheiten weiter verstärkt.
Daneben erfolgt bei diesen Fällen durch die Behauptung, es bestehe ein "Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung des gesamten Vertrages" eine klare Gesetzwidrigkeit, die über die schon erörterten Fehler der Differenztheorie hinausgeht. Der Gläubiger hat nach dem Wortlaut des Gesetzes in den Fällen der §§ 325 Abs. 1 Satz 2, 326 Abs. 1 Satz 3 einen Anspruch auf "Schadensersatz wegen Nichterfüllung der Verbindlichkeit nach Maßgabe des § 280 Abs. 2" bzw. des § 286 Abs. 2. Die damit in Bezug genommenen §§ 280 Abs. 2, 286 Abs. 2 betreffen gestörte Leistungspflichten, zu denen keine - oder keine im Gegenseitigkeitszusammenhang stehende Gegenleistungspflicht besteht. Das schließt eindeutig einen nach der Differenztheorie vermeintlich bestehenden "Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung des gesamten Vertrages" aus. Da nämlich bei den §§ 280 Abs. 2, 286 Abs. 2 keine oder keine im Gegenseitigkeitszusammenhang stehende Gegenpflicht des Gläubigers existiert, kann ein Schadensersatzanspruch nach Maßgabe der §§ 280 Abs. 2, 286 Abs. 2 nicht ein nach der Differenztheorie bestimmter Schadensersatzanspruch sein. Denn dieser setzt notwendig eine vom Gläubiger geschuldete Gegenleistung voraus[13]. Daß danach der gesetzmäßige Inhalt eines Schadensersatzanspruchs wegen teilweiser Nichtbewirkung der geschuldeten Leistung ebenso wie der

---

13) Vgl E. Wolf, SchR I, § 9 FV B 3 bb, S. 477;
Enneccerus-Lehmann, § 53 IV, S. 230;
Leonhard, S. 483 f.;
Oertmann, SchR, § 325, Anm. 1.

gesetzmäßige Inhalt eines Schadensersatzanspruchs wegen vollständiger Nichtbewirkung des geschuldeten Leistung mit der Differenztheorie unvereinbar ist, folgt auch daraus, daß bei dem Schadensersatzanspruch in den §§ 325 Abs. 1 Satz 2, 326 Abs. 1 Satz 3 auf die nichterfüllte Verbindlichkeit des Schuldners abgestellt wird. Damit wird bei der Bezeichnung des gesetzmäßigen Inhalts des Anspruchs auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung zwischen Leistungs- und Gegenleistungspflicht klar unterschieden. Das gerade ist aber bei der Differnztheorie nicht der Fall[14].

Mit der Differenztheorie verbundene Fehler und Unklarheiten bestehen aber auch für die Fälle der § 325 Abs. 1 Satz 2, 326 Abs. 1 Satz 3, in denen der Gläubiger an einer Teilerfüllung kein Interesse hat.
Wenn in diesen Fällen die Differenztheorie bei Teilbarkeit der Gläubigerleistung nach einigen ihrer Vertreter angewandt werden soll, sie nach einem anderen ihrer Vertreter hier dagegen nicht angewandt werden soll, so zeigt das, daß nicht einmal unter den Vertretern der Differenztheorie selbst Klarheit über deren Anwendung besteht. Dabei enthält die Meinung, die die Differenztheorie bei Teilbarkeit der Gläubigerleistung anwenden will, zugleich das Eingeständnis, daß die Differenztheorie sich in allen Fällen, in denen die Gegenleistung des Gläubigers nicht teilbar ist, nicht durchführen läßt. Das zugunsten der Differenztheorie behauptete "praktische Bedürfnis" wird hier ein weiteres Mal von den eigenen Vertretern dieser Theorie widerlegt.

---

14) Vgl. Kisch, Schadensersatz, S. 91; ders., Unmöglichkeit, S. 133 Anm. 24a. Vgl. auch Kipp, S. 287, der bezüglich einer Anwendung der Differenztheorie bei den §§ 325 Abs. 1 Satz 2, 326 Abs. 1 Satz 3 erkennt, "daß man diese Behandlung des § 325 Abs. 1 Satz 2 und der entsprechenden Vorschrift des § 326 sehr willkürlich nennen kann".

Unhaltbar und verfehlt ist es aber auch, wenn bei einer teilbaren Gegenleistung des Gläubigers diese entgegen dem Gesetz, das dies nicht vorsieht, geteilt werden soll, nur um die Differenztheorie noch durchführen zu können. Daneben ist die dogmatische Unmöglichkeit der Rechtslage, die dann bestünde, offensichtlich. Zu dem Teil, zu dem der Gläubiger Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordert, würde sich das Schuldverhältnis nach der Differenztheorie in "einen einseitigen Anspruch auf Schadensersatz auflösen". Zu dem Teil, zu dem der Schuldner leistet und der Gläubiger seine Gegenleistung bewirkt, würde das Schuldverhältnis dagegen bestehen bleiben. Das ist da ein Schuldverhältnis nicht gleichzeitig existieren und "aufgelöst" sein kann, nicht möglich. Bei dieser Ansicht handelt es sich folglich nur um den Versuch, den Anschein einer Anwendbarkeit der Differenztheorie aufrecht zu erhalten, um deren rechtliche und pragmatische Verfehltheit zu verdecken.

III. Die Differenztheorie bei einem Anspruch des Käufers (§§ 463, 480 Abs. 2) und des Bestellers (§635) auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung

a) Die Differenztheorie bei einem Anspruch des Käufers auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung (§§ 463, 480 Abs. 2).

Der Käufer kann unter den in § 463 für einen Stückkauf bzw. den in § 480 Abs. 2 für einen Gattungskauf bezeichneten Voraussetzungen vom Verkäufer Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen. Nach einer in Rechtsprechung und Schrifttum vertretenen Meinung[1] soll er dabei berechtigt sein, "als eine teilweise Verwirklichung seines Schadensersatzanspruchs"[2] "die Rückzahlung des Kaufpreises"[3] zu fordern. Habe er "den Kaufpreis noch nicht bezahlt", soll der Käufer "ihn einsparen"[4] können. Die Gegenleistungspflicht des Käufers, der nach §§ 463, 480 Abs. 2 Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordert, wird damit als nicht mehr existent behandelt. Dies entspricht der Behauptung, gemäß der Differenztheorie brauche der Gläubiger eines Schadensersatzanspruchs nach §§ 325, 326 seine Gegenleistung nicht mehr zu bewirken, da seine Pflicht hierzu erloschen sei. Die Differenztheorie wird damit auch bei den §§ 463, 480 Abs. 2 angewandt[5].

---

1) Larenz, SchR II, § 41, S. 53; Palandt-Putzo, § 463, Anm. 3 und § 480, Anm. 3; BGB-RGRK-Mezger, § 480, Rdnr. 10; Brox, SchR II, S. 147; Esser-Weyers, SchR II, § 5 III 3, S. 50; vgl. ders., SchR II, § 32 II 5, S. 257; vgl. auch Medicus, § 15 VII, S. 154. BGHZ 29, 149 ff. (151); RGZ 134 (90); RGZ 90, 332 ff. (334).

2) RGZ 90, 332 ff. (334).

3) BGHZ 29, 149 ff. (151).

4) Larenz, SchR II, § 41, S. 53.

5) Zur Anwendung der Differenztheorie bei §§ 463, 480 Abs. 2: E. Wolf, SchR II, § 11 C III d 4 ff., S. 40.

Im Zusammenhang mit der Differenztheorie bei den §§ 463, 480 Abs. 2 bestehen aber Besonderheiten. Sie wird nämlich mit dem im Schrifttum strittigen Recht des Käufers verknüpft, unabhängig davon, ob infolge des Mangels sein Interesse an der Kaufsache entfallen ist, Schadensersatz unter Ablehnung oder Rückgabe der Sache zu fordern[6]. Das geschieht in zweierlei Weise.
Einmal wird ausgeführt[7], der Käufer könne "ohne Nachweise eines fehlenden Interesses den Kauf als gänzlich unerfüllt behandeln, also die Annahme und das Behalten der Kaufsache ablehnen"[8]. Dabei soll er berechtigt sein, gem. der Differenztheorie den Kaufpreis zurückzuverlangen oder einzusparen. Dieser vermeintliche Inhalt des Anspruchs auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung, sowohl unter Einschluß der Differenztheorie, als auch unter Einschluß der Berechtigung ohne Nachweis eines Interessenfortfalls an der Sache diese zurückzuweisen, wird als "Schadensersatz wegen Nichterfüllung des Vertrages schlechthin"[9] bezeichnet.
Ebenso ist für dieses vermeintliche Recht des Käufers der Ausdruck "großer Schadensersatzanspruch"[10] üblich. Die Differenztheorie wird damit als notwendiges Element der

---

6) Vgl. dazu E. Wolf, SchR II, § 11 C III d 4 ff, S. 40 f.

7) Vgl. dazu: Larenz, SchR II, § 41, S. 53; Palandt-Putzo, § 463, Anm. 3 u. § 480, Anm. 3; BGB-RGRK-Mezger, § 480, Rdnr. 10; BGHZ 29, 149 ff. (151); RGZ 134 (90); RGZ 90, 332 ff. (334).

8) BGHZ 29, 149 ff. (151).

9) BGHZ 29, 149 ff. (151).

10) Vgl. Larenz, SchR II, § 42, S. 53. Das Gegenstück dazu ist der sog. "kleine Schadensersatzanspruch" falls der Käufer die Sache trotz ihres Fehlers behält und Schadensersatz für deren Minderwert verlangt. Vgl. dazu ebenfalls Larenz. SchR II, § 41, S. 53.

Berechtigung des Käufers darstellt, unabhängig von einem Interessenfortfall Schadensersatz unter Zurückweisung der Kaufsache zu fordern.
Anderen Vertretern[11] der Differenztheorie zufolge soll die Differenztheorie bei den §§ 463, 480 Abs. 2 nicht nur notwendiges Element der Berechtigung sein, unabhängig von einem Interessenfortfall Schadensersatz unter Zurückweisung der Kaufsache zu fordern. Vielmehr wird von ihnen ein unter Zurückweisung der Sache bestimmter Schadensersatzanspruch insgesamt als Anwendung der Differenztheorie bezeichnet. Ebenso wird der unter Nichtzurückweisung der Kaufsache bestimmte Schadensersatzanspruch als Anwendung der Austauschtheorie bezeichnet. Dabei wird der erste Fall auch "großer Schadensersatzanspruch" und der zweite Fall auch "kleiner Schadensersatzanspruch" genannt[12]. Nach einem der Autoren[13], die einen Schadensersatzanspruch unter Zurückweisung der Kaufsache für Anwendung der Differenztheorie halten, soll schließlich dieses Recht des Käufers deshalb stets - d.h. unabhängig von dem Nachweis eines fehlenden Interesses an der Kaufsache existieren, weil dies "in Übereinstimmung" stehe "mit der ... Differenztheorie".

---

11) Brox, SchR II, S. 147, (obwohl sich diese Ausführungen auf § 635 beziehen, werden dabei die §§ 463, 480 Abs. 2 ausdrücklich mit eingeschlossen); Esser-Weyers, SchR II, § 5 III 3, S. 50; vgl. auch Medicus, § 15 VII, S. 154.

12) Vgl. Esser-Weyers, SchR II, § 5 III 3, S. 50.

13) Esser-Weyers, SchR II, § 5 III 3, S. 50.

b) Die Differenztheorie bei einem Anspruch des Bestellers auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung (§ 635)

Zu der Differenztheorie bei einem Anspruch des Bestellers nach § 635 wird eine den Ansichten zu §§ 463, 480 Abs. 2 zum größten Teil entsprechende Rechtslage vertreten.

Danach soll einer Ansicht[14] zufolge der Besteller, wenn er Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordert, rechtmäßig "die Zahlung jeglicher Vergütung verweigern" können[15]. Damit wird die Pflicht des Bestellers zur Gegenleistung geleugnet und auch hier die Differenztheorie angewandt.

Ebenso wie bei den §§ 463, 480 Abs. 2 wird diese Ansicht aber auch bei § 635 mit dem strittigen Recht des Bestellers verknüpft, unabhängig davon ob infolge des Mangels sein Interesse an dem Werk entfallen ist, Schadensersatz unter Ablehnung oder Rückgabe des Werks zu fordern. Dies geschieht entsprechend den Ansichten zu §§ 463, 480 Abs. 2 wiederum in zweifacher Weise.
Einmal[16] soll das vermeintliche Recht des Bestellers, gemäß der Differenztheorie, die Zahlung der Vergütung zu verweigern, zusammen mit dem Recht, "die Übernahme des Werkes" abzulehnen bestehen. Dabei soll, ohne das zwischen der Differenztheorie und einer Berechtigung Schadensersatz unter Zurückweisung des Werkes zu fordern unterschieden wird, "dieses Recht" des Bestellers nicht davon abhängen, daß er nachweist, "das Behalten des mangelhaften Werkes habe für ihn kein Interesse"[17]. Der vermeintliche

---

14) Larenz, SchR II, § 53, S. 265; Esser-Weyers, SchR II, § 32 II 5, S. 257; Erman -Seiler. § 635, Rdz. 17; Brox, SchR II, S. 147; Pieper, S. 460. BGB-RGRK-Glanzmann, § 635, Rdnr. 13. BGHZ 27, 215 ff. (215 f.); BGH, Der Betrieb 63, S. 1213.

15) BGHZ 27, 215 ff. (215).

16) Larenz, SchR II, § 53, S. 265; BGHZ 27, 215 ff. (215 f.) BGH, Der Betrieb 63, S. 1213.

17) BGHZ 27, 215 f. (215).

Schadensersatzanspruch unter Einbeziehung der Differenztheorie und der Zurückweisung des Werkes soll dabei auf "Schadensersatz wegen Nichterfüllung des Vertrages überhaupt" gerichtet sein[18]. Die Differenztheorie wird demnach wiederum als notwendiges Element einer Schadensberechnung unter Zurückweisung des Werkes dargestellt[19].

Die Differenztheorie wird bei § 635 aber auch mit dem ganzen Schadensersatzanspruch der unter Zurückweisung des Werkes gefordert wird gleichgesetzt[20]. Ebenso wird der ganze Schadensersatzanspruch der unter Nichtzurückweisung des Werkes gefordert wird, mit der Austauschtheorie gleichgesetzt. Dazu wird ausgeführt, der Besteller könne "ähnlich wie nach §§ 463, 480 II erstens bei Aufrechterhaltung des Austauschs der vertraglichen Leistungen ('Austauschtheorie') nur den Schaden geltend machen, der ihm gerade durch den Mangel entstanden" sei[21]; auch als "kleiner Schadensersatzanspruch bezeichnet"[22]. "Statt dessen" könne "der Besteller zweitens nach der 'Differenztheorie' vorgehen, den Vertrag verlorengeben, also

---

18) BGHZ 27, 215 f. (215).

19) Vgl. BGB-RGRK-Glanzmann, § 635, Rdnr. 13, der bezüglich der Differenztheorie ausführt: "diese Betrachtungsweise" sei "jedoch nur richtig, wenn der Besteller Schadensersatz wegen Nichterfüllung des ganzen Vertrages" verlange und nicht " das mangelhafte Werk" übernehme.

20) Esser-Weyers, SchR II, § 32 II 5, S. 257; Erman-Seiler, § 635, Rdz. 17; Brox, SchR II, S. 147; Pieper, S. 460.

21) Esser-Weyers, SchR II, § 32 II 5, S. 257.

22) Erman-Seiler, § 635, Rdz. 17.

die Annahme des fehlerhaften Werkes ablehnen und liquidieren, was ihm durch das Fehllaufen des Vertrages im Ganzen an Schäden entstanden" sei[23]; dabei dürfe er "die Entrichtung jeglicher Vergütung verweigern oder die bereits entrichtete zurückfordern"[24]; auch als "großer Schadensersatzanspruch bezeichnet"[25].

Bisher wurde von allen Ansichten zur Differenztheorie sowohl bei §§ 463, 480 Abs. 2 als auch bei § 635 die Differenztheorie mit dem Recht des Käufers oder des Bestellers verknüpft, Schadensersatz unter Zurückweisung der Sache zu fordern. Zu § 635 besteht aber noch eine Ansicht[26], bei der dies nicht geschieht. Danach soll bei einem Schadensersatzanspruch nach § 635 stets "kein Anspruch des Unternehmers mehr auf Zahlung"[27] bestehen. Vielmehr soll unabhängig davon, ob der Besteller Schadensersatz unter Zurückweisung oder Nichtzurückweisung verlangt, "an die Stelle der ursprünglichen Vertragspflichten beider Teile ein Schadensersatzanspruch des Bestellers"[28] treten. Darauf habe sich "das Schuldverhältnis konzentriert"[29]. Dies geschehe nach der von der Rechtsprechung zu den Vorschriften der §§ 325, 326 BGB entwickelten und auf den Fall des § 635 BGB übertragenen sogenannten

---

23) Esser-Weyers, SChR II, § 32 II 5, S. 257.

24) Brox, SchR II, S. 147.

25) Erman-Seiler, § 635, Rdz. 17.

26) RGZ 152, 111 ff. (112); RGZ 69, 381 ff. (383 f.); RGZ 58, 173 ff. (176); RGZHRR 1932 Nr. 1202; OLG Düsseldorf, NJW 73, 1928 f. (1929 f.); OLG Düsseldorf, NJW 71, 567 f. (567); Enneccerus-Lehmann, S. 151 II d, S. 648; Soergel-Ballerstedt, § 635, Bem. 12.

27) RGHRR 1932, Nr. 1202.

28) RGZ 152, 111 ff. (112).

29) RGZ 69, 381 ff. (383).

Differenztheorie"[30].

c) Der juristische Inhalt der zu den §§ 463, 480 Abs. 2, 635 vertretenen Ansichten

Die Ansichten, die zu der Differenztheorie bei den §§ 463, 480 Abs. 2, 635 vertreten werden, halten einer Prüfung nicht stand. Ihre Verfehltheit ergibt sich wiederum schon aus den gegen die Differenztheorie allgemein angeführten Einwänden. Gegen die Differenztheorie, so wie zu den §§ 463, 480 Abs. 2, 635 vertreten wird, bestehen aber darüberhinausgehend weitere Fehler und Widersprüchlichkeiten.
So ist es ein völlig verwirrendes Bild, wenn die Differenztheorie nach manchen ihrer Vertreter notwendiges Element einer Schadensberechnung unter Zurückweisung der Sache sein soll, sie von anderen ihrer Vertreter mit diesem Recht gleichgesetzt wird und wieder andere Vertreter die Differenztheorie bei § 635 unabhängig davon anwenden wollen, ob Schadensersatz unter Zurückweisung der Sache gefordert wird. Die Rechtslage, die nach den Vertretern der Differenztheorie hier bestehen soll, ist nicht mehr erkennbar.

Dazu werden nach den Ansichten, die zwischen der Differenztheorie und dem Recht, Schadensersatz unter Zurückweisung der Sache zu fordern, einen Zusammenhang annehmen, Rechtsfragen miteinander vermengt, die nichts miteinander zu tun haben. Das Recht des Käufers bzw. Bestellers, nach §§ 463, 480 Abs. 2, 635 den mangelhaften Gegenstand zurückzugeben und statt der Erfüllung Schadensersatz zu verlangen, besteht unabhängig von der davon verschiedenen Frage, ob die Zahlungspflicht des Käufers oder Bestellers entsprechend der Differenztheorie erlischt oder entsprechend der Austauschtheorie bestehen bleibt[31]. Aus-

30) OLG Düsseldorf, NJW 73, S. 1928 f. (1929).
31) Vgl. W. Wolf, SchR II, § 11 C III 4 ff., S. 40.

tauschtheorie und Differenztheorie betreffen den Schadensersatz wegen Nichterfüllung bei gegenseitigen Schuldverhältnissen allgemein, Zurückweisung oder Nichtzurückweisung des mangelhaften Gegenstandes gibt es nur in den Fällen der §§ 463, 480 Abs. 2, 635. Diese spezielle Problematik darf mit jener allgemeinen nicht vermengt werden[32]. Das aber geschieht einmal, wenn die Anwendung der Differenztheorie als notwendiges Element einer Schadensberechnung unter Zurückweisung des mangelhaften Gegenstandes dargestellt wird. Der gleiche Fehler besteht, wenn einerseits die Möglichkeit, den mangelhaften Gegenstand zu behalten und Ersatz des durch den Mangel verursachten Schadens zu verlangen mit der Austauschtheorie gleichgesetzt wird und andererseits die Zurückweisung des Gegenstandes und des Verlangens von Schadensersatz statt der Erfüllung mit der Differenztheorie gleichgesetzt wird. Eine solche Darstellung ist verfehlt und irreführend.

In doppeltem Sinne unzutreffend ist dabei die zu den §§ 463, 480 Abs. 2 vertretene Auffassung, das Recht, den mangelhaften Gegenstand zurückzuweisen, bestehe deshalb stets - d.h. unabhängig von dem Nachweis eines durch den Mangel bedingten Interessenfortfalls an der Sache, weil dies "in Übereinstimmung" stehe "mit der Differenztheorie". Hat schon eine Schadensberechnung unter Zurückweisung oder Nichtzurückweisung weder etwas mit der Differenztheorie noch mit der Austauschtheorie zu tun, so gilt das erst recht für die noch speziellere Problematik, unter welchen Voraussetzungen eine Schadensberechnung unter Zurückweisung der Sache zulässig ist. Diese Ansicht ist daher völlig verfehlt.

---

32) Vgl. E. Wolf, SchR II, § 11 C III d 4 ff., S. 40.

Die Vertreter der Differenztheorie verkennen damit mehrfach die Verschiedenheit einerseits einer Schadensberechnung unter Zurückweisung oder Nichtzurückweisung des mangelhaften Gegenstandes und andererseits der Frage, ob die Zahlungspflicht des Käufers bzw. des Bestellers entsprechend der Differenztheorie erlischt oder entsprechend der Austauschtheorie bestehen bleibt. Dies wird verdeckt durch die Formeln "Schadensersatz wegen Nichterfüllung des Vertrages überhaupt" und "großer Schadensersatzanspruch". Beide lassen die bestehenden dogmatischen Zusammenhänge nicht mehr erkennen und sind daher verfehlt. Die darüberhinausgehende Verfehltheit der Formel "Schadensersatz wegen Nichterfüllung des Vertrages überhaupt" wurde bereits ausgeführt[33]. Mit der Wendung "großer Schadensersatzanspruch" entfällt schließlich das Gegenstück dazu, die Formel "kleiner Schadensersatzanspruch".

Indem ein Teil der Autoren zwischen der Differenztheorie und dem Recht Schadensersatz unter Zurückweisung des mangelhaften Gegenstandes zu fordern fälschlich einen Zusammenhang herstellt, wird damit zugleich die Differenztheorie nur für diese Fälle vertreten. Hat aber die Anwendung der Differenztheorie mit dem Recht Schadensersatz unter Zurückweisung des mangelhaften Gegenstandes zu fordern nichts zu tun, so müßte sie - wäre die Differenztheorie zutreffend - auch bei einem Anspruch auf Schadensersatz unter Nichtzurückweisung des mangelhaften Gegenstandes angewandt werden. Das aber wird bei den §§ 463, 480 Abs. 2 überhaupt nicht und bei § 635 nur von einem Teil der Vertreter der Differenztheorie angenommen. Die Differenztheorie wird daher auch bei den §§ 463, 480 Abs. 2, 635 nicht konsequent, sondern nur für einen Teil der Fälle auf die sie sich bezieht, vertreten.

---

33) Vgl. oben S. 22 ff.

Unklarheiten bezüglich der Anwendung der Differenztheorie bestehen aber auch insoweit, als der Käufer oder Besteller nicht nur berechtigt sein soll, die Gegenleistung zu verweigern, sondern sie sogar voll zurückfordern können, wenn er sie bereits bewirkt hat. Da bei den §§ 325, 326 von nahezu allen heutigen Vertretern der Differenztheorie angenommen wird, die Differenztheorie gelte dann, wenn der Gläubiger seine Gegenleistung bereits bewirkt habe gerade nicht ("abgeschwächte Differenztheorie"), handelt es sich um einen offenen Widerspruch.

Da dennoch die Differenztheorie bei den §§ 463, 480 Abs. 2, 635 auch dann angewandt werden soll, wenn der Käufer oder Besteller seine Gegenleistung bereits bewirkt hat, wird der wissenschaftliche Wert der Meinungen, die die Nichtanwendung der Differenztheorie in solchen Fällen als Rechtsfolge einer einheitlichen Theorie, der sog. "abgeschwächten Differenztheorie", bezeichnen, an dieser Stelle von den Vertretern der Differenztheorie selbst in Frage gestellt.

Entsprechendes gilt für die gesamte sog. "abgeschwächte Differenztheorie". Während sie bei den §§ 325, 326 "allgemeine Ansicht" sein soll, gegenüber der der Streit zwischen Differenztheorie und Austauschtheorie "antiquiert" sei, wird sie bei den §§ 463, 480 Abs. 2, 635 nicht einmal erwähnt. Stattdessen erfolgt bei diesen Bestimmungen jeweils die Bezeichnung Differenztheorie bzw. Austauschtheorie.

Damit bestehen zu § 635 drei und zu den §§ 463, 480 Abs. 2 zwei verschiedene Ansichten von der Anwendung der Differenztheorie. Die Differenztheorie wird dabei in einer Weise vertreten, die die verschiedenen dogmatischen Zusammenhänge kaum noch erkennen läßt, weil sie mit Rechtsfragen vermengt wird, mit denen sie nichts zu tun hat. Zusätzlich bestehen Widersprüche zu der Differenztheorie, wie sie bei den Fällen

der §§ 325, 326 vertreten wird. Dies alles zeigt die Konsequenzen einer Rechtslehre, die nicht nur ohne gesetzliche Grundlage vertreten wird, sondern auch für nur einen Teil der Fälle, auf die sie sich bezieht.

E. Ergebnis

Fordert der Gläubiger einer im Gegenseitigkeitszusammenhang stehenden Pflicht Schadensersatz wegen Nichterfüülung, so wird von diesem Recht seine Gegenpflicht nicht betroffen. Diese besteht vielmehr weiterhin fort.

Dies gilt sowohl für die Fälle der §§ 325, 326, wie für jeden anderen Tatbestand.
Das entspricht der Austauschtheorie[1]. Sie allein ist mit dem Gesetz zu vereinbaren.

1) Vgl. oben S. 4.

L e b e n s l a u f

Am 22.12.1951 wurde ich, Michael Witter, als Sohn des selbständigen Kaufmanns Alfred Witter und seiner Ehefrau Maria, geborene Jüttner, in Korbach geboren.

Ich besuchte an meinem Heimatort die Grundschule, die Realschule und das Gymnasium "Alte Landesschule", wo ich 1971 die Reifeprüfung ablegte.

Im Wintersemenster 1971/72 nahm ich das Studium der Rechtswissenschaft an der Philipps-Universität Marburg auf, das ich am 1.2.1977 mit der Ersten Juristischen Staatsprüfung abschloß.

Von April 1977 bis März 1979 war ich als wissenschaftliche Hilfskraft beziehungsweise als wissenschaftlicher Mitarbeiter am Fachbereich Rechtswissenschaft der Philipps-Universität tätig. Vom 15. Juli bis 15. Oktober 1978 arbeitete ich außerdem als wissenschaftlicher Mitarbeiter am Institut für ausländisches und vergleichendes Recht der Universität von Südafrika in Pretoria, RSA.

Seit dem 1. August 1979 bin ich Referendar am Hanseatischen Oberlandesgericht in Hamburg.